

Droit civil
**Les contrats
spéciaux**

Béatrice Bourdelois

▼
L M D

Les contrats portant sur une chose

Les contrats de prestation
de service

Les contrats aléatoires

Les contrats portant sur les litiges

1^{re} édition



TABLE DES MATIÈRES

V	Sommaire
1	Introduction
3	Première partie LES CONTRATS PORTANT SUR UNE CHOSE
4	Titre 1 > LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DE LA CHOSE
5	Chapitre 1 > La vente
5	Section 1 > La formation du contrat de vente
6	§ 1 - Le consentement des parties
14	§ 2 - La chose vendue
18	§ 3 - Le prix
21	Section 2 > Les effets de la vente
21	§ 1 - Le transfert de propriété
23	§ 2 - Les obligations du vendeur
28	§ 2 - Les obligations de l'acheteur
30	Chapitre 2 > L'échange
31	Titre 2 > LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE LA JOUISSANCE DE LA CHOSE
32	Chapitre 1 > Le bail
32	Section 1 > Le droit commun du bail
32	§ 1 - La formation du contrat de bail
34	§ 2 - Les effets du bail
38	§ 3 - L'extinction du bail
38	Section 2 > Les statuts spéciaux
39	§ 1 - Le bail d'habitation
42	§ 2 - Le bail commercial

45	Chapitre 2 > Le prêt
45	Section 1 > Le prêt en droit commun
45	§ 1 - Prêt à usage et prêt de consommation
47	§ 2 - Le prêt à intérêt
49	Section 2 > Le crédit aux consommateurs
49	§ 1 - La protection du consentement du consommateur
51	§ 2 - Une interdépendance des contrats

53 Deuxième partie **LES CONTRATS DE SERVICES**

54 Titre 1 > LE CONTRAT D'ENTREPRISE

55	Chapitre 1 > Régime général
55	Section 1 > les obligations des parties
55	§ 1 - Les obligations de l'entrepreneur
57	§ 2 - Les obligations du maître de l'ouvrage
58	§ 3 - Incidence de la directive européenne « services »
59	Section 2 > La sous-traitance
60	§ 1 - L'agrément par le maître de l'ouvrage
60	§ 2 - Les garanties de paiement
61	§ 3 - Le régime de responsabilité
62	Chapitre 2 > Les contrats de construction
62	Section 1 > Les différents contrats de construction
62	§ 1 - La vente d'immeuble à construire
65	§ 2 - Le contrat de promotion immobilière
67	§ 3 - Le contrat de construction de maison individuelle
68	Section 2 > La responsabilité du constructeur
69	§ 1 - Nature de la responsabilité.
69	§ 2 - Les conditions de la responsabilité

71 Titre 2 > LE MANDAT

72	Chapitre 1 > Le droit commun du mandat
72	Section 1 > La forme du mandat
72	§ 1 - Contrat consensuel ou nécessité d'un écrit ?
72	§ 2 - Mandat exprès ou mandat tacite ?
73	§ 3 - Mandat général ou mandat spécial ?
73	Section 2 > Les effets du mandat
73	§ 1 - La représentation du mandataire
74	§ 2 - Les obligations des parties au mandat
76	Section 3 > L'extinction du mandat
76	§ 1 - L'extinction par la volonté des parties
77	§ 2 - L'extinction en raison d'un événement objectif

79	Chapitre 2 > Mandats particuliers
79	Section 1 > Le mandat de l'agent immobilier
79	§ 1 - Conditions d'exercice de la profession
80	§ 2 - La rémunération de l'agent immobilier
81	§ 3 - La responsabilité de l'agent immobilier
82	Section 2 > Le mandat à effet posthume
84	Titre 3 > LE DÉPÔT
85	Chapitre 1 > Le droit commun du dépôt
85	Section 1 > La formation du contrat de dépôt
85	§ 1 - Conditions tenant aux parties
85	§ 2 - Conditions tenant au contrat lui-même
86	Section 2 > Les obligations des parties
86	§ 1 - Les obligations du dépositaire
87	§ 2 - Les obligations du déposant
89	Chapitre 2 > Les dépôts spéciaux
89	Section 1 > Le dépôt nécessaire
89	Section 2 > Le dépôt hôtelier
90	Section 3 > Le séquestre
90	§ 1 - Le séquestre conventionnel
91	§ 2 - Le séquestre judiciaire
92	Titre 4 > LA FIDUCIE
93	Chapitre 1 > Les fonctions de la fiducie
93	Section 1 > La fiducie, mode de gestion d'un patrimoine
93	Section 2 > La fiducie, nouvelle modalité de garantie
95	Chapitre 2 > La mise en place de la relation fiduciaire
95	Section 1 > Les conditions de validité de la fiducie
95	§ 1 - Conditions de forme
95	§ 2 - Conditions de fond
96	Section 2 > Les effets du contrat de fiducie
96	§ 1 - La protection des biens du constituant
96	§ 2 - La mission du fiduciaire
96	§ 3 - La responsabilité du fiduciaire
97	Section 3 > L'extinction du contrat de fiducie
98	Chapitre 3 > La transparence fiscale de l'opération fiduciaire

99 Troisième partie LES CONTRATS ALÉATOIRES

100 Chapitre 1 > Les contrats aléatoires fondés sur les chances de gains

100 Section 1 > Le principe de l'illicéité du jeu et du pari

100 § 1 - Notion de jeu ou pari

101 § 2 - Les conséquences de l'illicéité

101 Section 2 > Les jeux et paris licites

101 § 1 - Les contrats licites

102 § 2 - Conséquences

103 Chapitre 2 > Les contrats aléatoires fondés sur l'espérance de vie

103 Section 1 > Le contrat de rente viagère

103 § 1 - La formation du contrat de rente viagère

105 § 2 - L'exécution du contrat de rente viagère

107 Section 2 > Le bail à nourriture

107 § 1 - Notion

108 § 2 - Difficultés d'exécution

111 Quatrième partie LES CONTRATS SUR LES LITIGES

112 Chapitre 1 > La transaction

112 Section 1 > La formation du contrat de transaction

113 § 1 - L'objet du contrat de transaction

113 § 2 - La capacité de transiger

113 § 3 - Le consentement des parties

114 § 4 - La forme du contrat de transaction

114 Section 2 > Les effets du contrat de transaction

114 § 1 - L'effet déclaratif

115 § 2 - L'effet extinctif

115 § 3 - L'effet obligatoire

117 Chapitre 2 > Les conventions d'arbitrage

117 Section 1 > Premières vues

118 Section 2 > Les conditions de validité de la soumission à un arbitre

118 § 1 - L'arbitrabilité du litige

119 § 2 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage

121 Section 2 > Les effets de la convention d'arbitrage

121 § 1 - L'incompétence du juge étatique

121 § 2 - Les effets vis-à-vis des tiers

121 § 3 - Le sort de la sentence

123 Bibliographie générale et récente sur les contrats spéciaux

124 Index alphabétique



INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Abus, 67, 77

- clause abusive, 120
- confiance (de), 80, 82
- détermination de la chose, 19, 47,
- (droit de préemption), 14

Accession

- Location-accession, 12
- construction, 63

Accessoire

- théorie de l'-, 2, 12
- et bail, 36
- et vente, 15, 24, 28, 34

Accord de négociation (ou de principe), 6

Acheteur (acquéreur)

- liberté de choisir son -, 12 s.

Acompte (vente), 80

Acte

- administration (d')
 - bail, 32, 33
 - dépôt, 85, 87
 - mandataire, 72, 73
 - authentique
 - fiducie, 95
 - mandat, 72, 81, 82
 - promesse synallagmatique de vente (compromis), 7, 11, 12
 - vente d'immeuble en général, 12, 28
 - vente d'immeuble à construire, 63
 - disposition (de)
 - bail commercial, 42
 - bail rural, 42
 - transaction, 113
 - mission (de), 120
 - notarié, v. *acte authentique*
- Action directe
- sous-acquéreur (vente), 27

- sous-traitant, 60, 61

Action estimatoire (vente), 26

Action quanti minoris, 26

Action rédhibitoire (vente), 26

Adjudication, 13

Agent

- immobilier, 79 s.
 - capacité, 73 s.
 - conditions d'exercice, 79
 - mandat, 72
 - rémunération, 80
 - responsabilité, 80
 - statut, 79, 80

- publicité (de), 56

- voyages (de), 56

Agrément, 11, 44, 60

Agréage

- vente à la dégustation, 11
- vente à l'essai, 11, 12

Aléatoire

- bail à nourriture (et), 107, 108
- contrat commutatif (et), 1, 2, 18, 19, 99
- existence, 104
- jeu et pari, 100 s.
- lésion, 20
- rente viagère, 103

Amiable composition, 118

Amiante, 39

Animal

- dépôt hôtelier, 89

Améliorations

- bail, 35, 36, 40

Apparence

- bail, 33
- mandat, 73, 74
- vente, 17

Apport

- capital (en), 103
- société (en), 5, 37
- Arbitrage, 117 s.
 - amiable composition, 118
 - arbitrabilité du litige, 118, 119
 - convention d'-, 27, 120, 121
 - délai d'-, 117
 - international, 117
 - interne,
 - sentence
 - appel, 117
 - exequatur, 117
 - force exécutoire, 117
 - recours en annulation, 117
- Arbitre
 - et arbitrage
 - désignation, 118, 121
 - mission, 121
 - et détermination du prix de vente, 18
- Architecte
 - contrat (d'), 54
 - responsabilité, 69 s.
- Arrhes, v. *dédit*
- Assurance
 - agent immobilier, 80
 - bail, 37, 39, 40
 - dommages-ouvrages (construction), 67
 - entreprise, 65, 99
- Astreinte, 29
- Autorisations administratives, 11, 59
- Autorité de justice (vente par), 20, 25
- Avant-contrat, 6, 8, 10, 62
- Avocat, 54, 96, 97

B

- Bail, 32 s.
 - acte d'administration, 32
 - acte de disposition
 - bail commercial, 32
 - bail rural, 32
 - apparence, 33
 - bail verbal, 34
 - capacité, 32 s.
 - cession, 37
 - chose d'autrui, 33
 - clause résolutoire, 36
 - commercial (bail -), v. *ce mot*
 - conditions de formation, 32 s.
 - congé, v. *bail commercial, bail d'habitation*
 - cotitularité (époux), 36
 - délivrance, 34
 - décès, 37
 - destination (chose louée), v. *usage*
 - destruction (chose louée), v. *perte*
 - droit commun, 32 s.
 - droit de préemption, 13, 14
 - durée droit commun, 33
 - v. *bail commercial*
 - v. *bail d'habitation*
 - entretien (chose louée), 35
 - époux, 33
 - éviction (garantie d'-), 35
 - état des lieux, v. *bail d'habitation*
 - exception d'inexécution, v. *ce mot*
 - extinction, 38
 - forme
 - droit commun, 32
 - garanties,
 - bailleur (dues par le -), 35
 - du paiement du loyer, 36
 - garnissement (lieux loués), 36
 - habitation (d') -, v. *ce mot*
 - incendie, 36 s.
 - indivision, 33
 - jouissance (chose louée), 36
 - loyer, 34, 36
 - nourriture (bail à), v. *ce mot*
 - obligations du bailleur, 34 s.
 - obligations du preneur (locataire), 36 s.
 - opposabilité, 37
 - perte de la chose, 38
 - préemption (droit de -), 14
 - preuve, 34
 - privilège, 36
 - qualification, 32
 - résiliation, 38
 - responsabilité en cas d'incendie, v. *ce mot*
 - restitution (chose louée), 36
 - réparations, 36

- sous-location, 37
 - usage, 36
 - usufruitier, 32, 33
 - vente (de la chose louée), 37,
 - verbal, 34
 - vices (de la chose louée), 35
 - Bail commercial, 42 s.
 - bail dérogatoire de deux ans au plus, 42
 - clause résolutoire, 44
 - cession, 44
 - congé, 42, 43
 - définition, 42
 - déspécialisation, 43
 - durée, 42
 - droits du preneur, 43
 - indemnité d'éviction, 42
 - locaux monovalents, 43
 - loyer
 - fixation du loyer initial, 43
 - fixation et renouvellement du bail, 43
 - indexation, 43
 - plafonnement, 43
 - révision, 43
 - pacte de préférence, 43
 - pas de porte, 43
 - propriété commerciale, 42
 - renouvellement, 42 s.
 - résiliation, 42
 - sous-location, 44
 - tacite reconduction, 43
 - Bail d'habitation, 39 s.
 - assurance, 40
 - cautionnement, 39
 - clauses non écrites, 39
 - congé
 - par le bailleur, 41, 42
 - par le locataire, 41
 - dépôt de garantie, 39
 - diagnostic technique (dossier de), 39,
 - durée, 39
 - écrit, 39
 - état des lieux, 39
 - garantie autonome, 39
 - informations (dues par le bailleur), 39
 - logement décent, 35, 40
 - loyer
 - contrôle, 34
 - fixation initiale, 40
 - fixation lors du renouvellement, 41
 - obligations
 - du bailleur, 40
 - du locataire, 40
 - observatoire des loyers agréés, 40
 - préemption (droit de -)
 - conditions, 42
 - effets, 13
 - procédure, 13
 - renouvellement, 41, 42
 - résiliation, 41
 - travaux, 40
 - vente des lieux loués, 37
 - Bail à nourriture
 - conditions, 107
 - effets, 107, 108
 - résiliation, 108
 - Bail dérogatoire, v. *bail commercial*
 - Bail saisonnier, v. *location saisonnière*
 - Bailleur, v. *bail, bail commercial, bail d'habitation*
 - Banque
 - louage de coffre-fort, 32
 - prêt, 47, 49
 - responsabilité (construction), 68,
 - Bloc (vente en -), 15
 - Bonne foi
 - et clause résolutoire, 38
 - et promesse de vente, 9
 - et publicité foncière, 10
 - et vente de la chose d'autrui, 87
 - Bouquet, v. *rente viagère*
- ## C
- Caducité, 13, 18
 - arbitrage, 118, 119,
 - dépôt, 85
 - Capacité
 - bail, 32, 33
 - mandat, 78, 80, 88
 - promesse de vente, 8

- transaction, 112, 113
- Lasino
- licéité, 101
- prêt, 102
- Lause
 - bail, 32
 - et aléa, 104
 - illicéité (jeu et pari), 100
 - interdépendance des contrats, 52
 - vente, 16, 19
- Laution/cautionnement
 - bail, 36, 39
 - entreprise, 60, 61, 65, 69
 - mandat (agent immobilier), 80
- Lession
 - bail, 37, 43
 - indivis (droits), 13, 17
 - clientèle, 16, 77
 - fonds de commerce, 12, 19, 44
 - promesse de vente, 8, 9, 10, 79
- Lhaîne de contrats,
- Lhose
 - autrui (d'), 16 s., 33
 - chose de genre, 15, 22
 - corps certain, 14, 15
 - destruction, 38
 - détermination, 8, 14 s., 18
 - existence, 15
 - future (à fabriquer), 12, 55
 - indivise, 16, 17
 - licéité, 16
 - notion, 3
 - perte, 15
 - retirement, 29
 - transfert des risques, 23 s.
 - transfert de propriété, 4, 5, 21 s.
- Lhose jugée, 114, 115, 122
- Llassification des contrats, 2
- Lclause
 - agrément (d'), v. *ce mot*
 - anatocisme (d'), v. *ce mot*
 - compromissoire -, v. *ce mot*
 - dédit (de), v. *ce mot*
 - garantie (de non-)
 - d'éviction, 25
 - de vices cachés, 26
 - réserve de propriété (de), 22
 - résolutoire, 24, 29, 36, 38, 40, 64, 106, 108,
 - responsabilité, 27
 - substitution (de)
 - promesse de vente, 8, 9
- Clientèle, 16, 77
- Code de la consommation
 - démarchage, 5
 - formalisme, 49 s.
 - protection du consommateur, 49 s.
 - prêt, 49 s.
 - publicité, 5
- Coéchangiste, 30
- Coffre-fort (location de), 32
- Commodat, v. *prêt*
- Command -déclaration de -, v. *ce mot*
- Commission (contrat de), 72
- Commodat, v. *prêt à usage*
- Compromis
 - arbitrage, v. *ce mot*
 - clause compromissoire, v. *arbitrage*
 - promesse de vente, 7, 8, 11, 20, 22, 23, 80, 81
- Conciliation, 117
- Concours d'actions, 27, 28
- Concurrence
 - acte de, 5, 46, 110, 113
 - et garantie d'éviction, 25
 - et prix, 59
- Condition (s)
 - potestative, 7
 - résolutoire, 23, 51
 - suspensive, 12, 13, 17, 51, 52
- Conditions générales de vente, 5
- Conformité
 - bail (chose louée), 40
 - vente, 20, 29
- Congé, v. *bail, bail commercial, v. bail d'habitation*
- Conseil (devoir de), 12, 24, 48, 55, 56, 75, 81
- Consommation (prêt de), 45, 46, 47
- Constituant (fiducie), v. *fiducie*
- Construction (droit de la -), 62 s.
 - contrat de -, 62 s.
 - vente d'immeuble à construire, 62
 - promotion immobilière, 65

- construction de maison individuelle, 67
- contrat préliminaire (réservation), 62
- garantie
 - achèvement, 70
 - extrinsèque, 68
 - intrinsèque, 68
 - livraison, 68
- responsabilité du constructeur, 68 s.
- vente en l'état futur d'achèvement, 62
- Contrat
 - aléatoire
 - bail à nourriture, 107
 - jeu et pari, 100 s.
 - rente viagère, 103
 - vente en viager, 103
 - commutatifs, 18
 - construction, v. *ce mot*
 - convention d'occupation précaire, 42
 - dépôt, v. *ce mot*
 - échange, v. *ce mot*
 - en général, 1, 2
 - entreprise, v. *ce mot*
 - fiducie, v. *ce mot*
 - louage
 - de chose, v. *bail*
 - d'ouvrage, v. *entreprise*
 - mandat, v. *ce mot*
 - prêt à usage, v. *ce mot*
 - prêt de consommation, v. *ce mot*
 - réel, 85
 - rente viagère, v. *ce mot*
 - transaction, v. *ce mot*
 - travail (de), 54, 55
 - vente en viager, v. *rente viagère*
- Contre-lettre, 19
- Convention
 - arbitrage (d'), 117, 119, 121, 122
 - occupation précaire (d'), 42
- Copermutant, 30
- Corps certain (vente), v. *chose*
- Cotitularité du bail, v. *bail*
- Courtage, 72, 79
- Crédirentier, v. *rente viagère*
- Crédit
 - Code de la consommation, 49 s.

- offre préalable, 50
- délai de réflexion, 51
- délai de rétractation, 51
- gratuit, 50
- ouverture de crédit, 65, 48
- Crédit-bail, 1, 31
- Croyance légitime, 73

D

- Dation en paiement, 18, 30
- Débirentier, v. *rente viagère*
- Déclaration de command, 72
- Dédit, 7, 9
- Défaut de conformité, 28, 29
- Dégustation (vente à la -), 11
- Délai
 - arbitrage, 121
 - arrérages (paiement), 106
 - délivrance, 24
 - dépôt, 87
 - lésion, 20
 - obligation de sécurité des produits
 - réflexion, 50, 51
 - retirement, 51
 - rétractation, 51
 - vente à réméré, 23
 - vices cachés
 - construction, 62, 63, 65, 68, 70
 - entreprise, 56, 57
 - vente, 26
 - vices du consentement, 28
- Délivrance
 - délai, 24
 - lieu, 24
- Démarchage, 50
- Dépassement de pouvoirs, v. *mandat*
- Dépôt, 84 s.
 - définition, 85
 - droit commun, 85
 - durée, 87
 - gratuit, 88
 - privilège du dépositaire, 88
 - garde (obligation de -), 86
 - hôtelier, 89, 90

- irrégulier, 87
- nécessaire, 89
- preuve, 86
- promesse, 85
- qualification, 85
- rémunération, 88
- responsabilité, 86, 87
- restitution (obligation de -), 86, 87
- salaire, v. *rémunération*
- séquestre, 90 s.
- Dépôt de garantie, 36
- Dépôt-vente, 85
- Destination (chose louée), v. *bail (usage)*
- Destruction (chose louée), v. *perte*
- Détermination
 - chose, v. *ce mot*
 - prix, v. *ce mot*
- Devis (entreprise), 54, 58, 65
- Devoir de conseil, v. *conseil*
- Diagnostic technique (dossier de), 39
- Directive communautaire
 - entreprise, 58
 - produits défectueux, 26
- Directive Bolkenstein, 58, 59
- Domaine public
 - inaliénabilité, 16
- Donation, 5, 16, 18, 19, 37
- Droits d'auteur, 16, 20
- Droit de préemption conventionnel, v. *pacte de préférence*
- Droit de préemption urbain (DPU), 13, 14
- Droit réel temporaire, 93
- Droit de rétention, 29, 75, 81, 87, 91
- Droits litigieux
 - arbitrage, 118, 119
 - retrait litigieux, v. *ce mot*
 - transaction, 113
- Droits indivis, 13, 14

E

- Échange, 30
 - conditions, 30
 - et dation en paiement, 30
 - et vente, 5, 18, 20
 - définition, 30
 - effets, 30
- Écrit, v. *formalisme*
- Effet déclaratif du partage, 17
- Enchères, 57
- Enregistrement
 - fiducie, 95
 - promesse de vente, 8, 9, 82
 - vente, 19, 28
- Entreprise, 54 s.
 - chose, 55
 - conseil (devoir de), 56
 - construction, v. *ce mot*
 - définition, 54, 55
 - information (obligation d'), 56
 - livraison, 57
 - obligations
 - entrepreneur, 56
 - maître de l'ouvrage, 57
 - prix, 58
 - perte de la chose, 56
 - qualification
 - et mandat, 55
 - et travail, 55
 - et vente, 55
 - réception, 57, 58
 - sécurité (obligation de), 57
 - sous-traitance, v. *ce mot*
- Essai (vente à l'), 11, 12
- Estimatoire (action -), 26
- État des lieux
 - bail droit commun, 34, 36
 - bail d'habitation, 39
- État futur d'achèvement (vente en -), v. *construction*
- Euro symbolique (vente à l'), 20
- Éviction
 - garantie (d'), 25
 - indemnité (d'), v. *bail commercial*
 - vente de la chose d'autrui, 17
- Exception d'inexécution, 28, 35, 116
- Exécution forcée, 7, 9, 24, 26, 48, 81, 85, 116
- Expertise, 20, 26, 117

F

Fabricant (responsabilité)

- chaîne de contrats, 27
- garantie des vices, 27
- obligation de sécurité, 26

Fiducie, 92 s.

- bénéficiaire, 92, 96
- conditions de fond, 95 s.
- constituant, 95
- contrat, 95 s.
 - formation, 95, 96
 - effets, 96 s.
- définition, 92
- et gestion des biens, 92
- et sûretés, 93, 94
- fiduciaire
 - désignation, 96
 - capacité, 96
 - pouvoirs, 96
 - responsabilité, 96 s.
 - révocation, 96, 97
- incidences fiscales, 98
- patrimoine d'affectation, 96
- extinction, 97

Fonction publique (droits de -), 16

Fonds de commerce, v. *cession de fonds de commerce*

Force majeure, 37, 40, 46, 57, 69, 75, 77, 86, 87, 89

Forfait (marché à -), 58

Formalisme

- bail
 - bail commercial, 42
 - bail d'habitation, 39
- droit de la consommation, 49 s.
- promesse de vente, 8, 9, 11,
- vente immobilière, 12
- construction (droit de la), 63, 65, 67

Frais

- dépôt, 88
- mandat, 74
- vente, 6, 23, 28, 29

Française des jeux (Sté), 102

Fruits

- délivrance, 24

- dépôt, 86,

- lésion, 21,

G - H

Garantie

- achèvement (d'), v. *construction*
- constructeur, v. *construction*
- éviction, v. *bail*, v. *vente*
- dépôt de -, v. *ce mot*
- vente, v. *ce mot*,
- vices cachés, v. *vente*

Garde (obligation de), 32, 50, 84, 86, 88

Hôtelier, 82

I

Immeuble à construire (vente d'),
v. *construction*Inaliénabilité, v. *clause d'*Incendie, v. *bail*

Indemnité

- d'immobilisation (promesse de vente), 7, 8, 9, 51

Indexation

- bail à nourriture, 108
- bail commercial, 43
- bail d'habitation, 41
- prêt d'argent, 47, 49
- rente viagère, 106

Individualisation (chose de genre), v. *chose**Indivision*

- bail, 33
- fiducie, 95
- mandat, 77, 83
- vente, 17

Information (obligation d')

- consommateur (due au), 50
- prêteur (due par le), 48
- vendeur (due par le), 24

Interdépendance des contrats, 51

Intérêt commun (mandat)

- notion, 77
- promoteur, 65, 66

Intérêts

- anatocisme, 47, 48
- conventionnels, 47
- taux, 47
- usuraires, 47
- Interprétation (du contrat), v. *juge*
- Intuitus personae*
- bail à nourriture, 108
- mandat, 71, 76, 78
- prêt, 45, 47

J

- Jeu et pari, 100 s.
- Jouissance de la chose, v. *bail*, v. *rente viagère*, v. *vente*
- Juge
- interprétation (du contrat), 7, 11, 17, 18, 19, 34
- modification du contrat, 24, 34, 55, 58, 75, 81, 106, 108
- réfaction (prix), 24
- Juste prix (vente), 21

L

- Lex mercatoria, 117
- Lésion
- aléa, 20
- vente d'immeuble, 20 s.
 - conditions, 20
 - délai, 20
 - procédure, 20
 - rachat, 21
 - rescision, 21
- vente mobilière, 20
- Levée d'option, 8, 9
- Livraison
- entreprise,
 - droit commun, 56, 57
 - construction, 63, 66, 67
- vente, 15, 23, 24, 28, 29
- Locataire, v. *preneur*
- Location-accession, 12
- Location saisonnière, 42
- Logement décent (bail), 35, 40
- Loto, 100

Louage

- de chose, v. *bail*
- d'ouvrage, v. *entreprise*

Loyer (bail)

- bail commercial, 43
- bail d'habitation, 39, 40, 41
- détermination, 34
- paiement, 35, 36, 38
- révision/modification, 35, 38

M

Mandat, 72 s.

- acte d'administration, 72
- acte de disposition, 73
- agent immobilier, 79 s.
- apparent, 73, 74
- conçu en termes généraux, 73
- construction (droit de la -), 65, 66, 67, 68
- définition, 72
- ducroire (clause de), 75
- écrit, 72
- exclusif, 80
- exprès, 72, 73
- forme, 72 s.
- frais et avances, 74
- général, 73
- gratuit, 75
- intérêt commun, 65, 77
- irrévocabilité (clause de), 77
- obligations
 - mandataire, 75, 76
 - mandant, 74, 75
- qualification, 72
- pertes, 74
- pouvoirs (mandataire)
 - absence (de), 73
 - dépassement (de), 73
 - détournement (de), 73
- responsabilité (mandataire), 75, 76
- reddition de comptes, 75, 76
- rémunération (salaire), 75
- représentation (du mandant), 73, 74
- renonciation (par le mandataire), 76
- résiliation 76
- révocation
 - ad nutum, 76, 77

- sous-mandat, 74
- spécial, 73
- Mandat à effet posthume, 82
- Marché
 - à forfait, 58
 - au mètre ou sur série, 58
- Médiation, 117
- Mesure (vente à la), 15
- Mineur,
 - fiducie, 93
 - mandat à effet posthume, 82
 - transaction, 113
- Mutuum, v. *prêt de consommation*

N - O

- Notaire, 56, 58
- Nourriture (bail à), v. *ce mot*
- Objet, v. chose
- Obligation
 - conservation, 86
 - conseil, v. *ce mot*
 - donner (de), 21
 - entretien, 35, 86, 108
 - garde, 32, 85, 86
 - information, v. *ce mot*
 - négociier (de), 6
 - restitution, 46, 47, 52, 56, 86
 - retirement, 29
 - sécurité
 - bail, 35
 - des produits, 26, 27
 - entreprise, 57
- Offre
 - droit de préemption, 13, 14
 - prêt/crédit, 48, 50, 51
 - vente, 68
- Option
 - levée, 6, 8, 9, 10
- Opposabilité
 - bail,
 - pacte de préférence,
 - promesse de vente
 - vente immobilière,
- Ouverture de crédit, 50

P

- Pacte de préférence, 7, 10
- Pacte sur succession future, 16
- Paielement
 - jeu et pari, 101, 102
 - vente (prix), 18 s.
- Pari, v. *jeu et pari*
- Parking (emplacement de), 85
- Partage
 - amiable, 112
- Perte de la chose, v. *bail*, v. *dépôt*, v. *entreprise*, v. *prêt* (à usage), v. *vente*
- Poids (vente au -), 15
- Pouvoirs (mandataire), v. *Mandat*
- Préemption - droit de, v. *ce mot*
- Préférence (pacte de), v. *ce mot*
- Préliminaire (contrat), v. *construction*
- Preneur à bail (locataire), v. *bail droit commun*, v. *bail d'habitation*, v. *bail commerciaux*
- Preneur rural, 13, 14
- Prescription
 - entreprise
 - construction, 70
 - prêt, 49
 - rente viagère, 106
 - vente, 28
- Prêt, 45 s.
 - anatocisme, 47
 - argent (d'), 47
 - à usage, 45
 - (crédit) aux consommateurs, 47
 - consommation (de), 46
 - contrat réel, 45, 47
 - déchéance du terme, 49
 - définition, 45
 - durée, 46
 - gratuit, 45
 - indexation,
 - intérêts, v. *ce mot*
 - obligations
 - de l'emprunteur, 48, 49
 - du prêteur, 48
 - preuve, 46
 - remboursement

anticipé, 49, 52
 capital, 48
 défaillance, 49
 – taux effectif global, 47
 – usure, 47
 – prêt viager hypothécaire, 48
 Prêt à usage, v. *prêt*
 Prêt de consommation, v. *prêt*
 Prête-nom, 72
 Preuve, v. *bail*, v. *prêt*
 Privilège
 – bailleur, 36
 – dépositaire, 88
 – rente viagère, 105
 – vendeur, 29
 Prix
 – bouquet, v. *rente viagère*
 – bail, v. *ce mot*
 – détermination
 bail, 34
 vente, v. *ce mot*
 – devis, v. *ce mot*
 – échelonnement (construction), 64, 66, 67, 68
 – et échange, 5
 – entreprise, v. *ce mot*
 – forfait, v. *ce mot*
 – paiement, v. *ce mot*
 – pouvoirs publics, 5, 18
 – réfaction, 24
 – vente
 absence, 18
 détermination, 5, 8, 18
 juste prix, 19
 lésionnaire, 20
 prix symbolique, 20
 prix dérisoire, 19
 simulé, 19
 tarifs, 19
 vil, 19
 Procédure collective, 8, 10, 27, 29, 78, 94, 113, 119
 Procuration, v. *Mandat*
 Promesse de vente
 – promesse d'achat, 6

– promesse unilatérale, 6, 8 s.
 – promesse synallagmatique, 7
 – rétractation, 9
 Propriété apparente, 17
 Propriété commerciale, 42
 Publicité
 – droit de la consommation, 5, 50
 – formalités (de -), 7, 11, 21, 22, 23, 42, 95

Q - R

Qualification, v. *bail*, v. *contrat en général*, v. *dépôt*, v. *échange*, v. *entreprise*, v. *fiducie*, v. *vente*
 Quittance, 28, 36, 49
 Rachat
 – lésion, 21
 – réméré, 23
 Réception, v. *entreprise (droit commun, construction)*
 Réfaction, v. *prix*
 Réflexion (délai de), v. *droit de la consommation*
 Refus de vente, 12
 Réméré (vente à), 23
 Renouvellement, v. *bail d'habitation*, v. *bail commercial*
 Rente viagère, 107 s.
 – aléa, 104
 – arrérages,
 paiement, 105, 106
 défaut de paiement, 106, 107
 – bouquet, 104
 – cause, 104
 – clause résolutoire, 106, 107
 – constitution, 105
 – définition, 103
 – indexation, 106
 – nullité, 104
 – prêt viager hypothécaire, 48, 105
 – révision, 106
 – temporaire, 105
 Réparations, v. *bail*, v. *prêt à usage*,
 Repentir, v. *bail commercial*, v. *promesse de vente*

Rescision (lésion), v. *lésion*
 Réserve de propriété, v. *clause de -*
 Résiliation, v. *bail*, v. *mandat*, v. *prêt*
 Résolution, v. *vente*
 Restitution, v. *dépôt*, v. *entreprise*, v. *vente*
 Rétention, v. *droit de rétention*
 Retirement, v. *vente*
 Rétractation, v. *consommateurs*,
 v. *promesse de vente*
 Retrait
 – retrait litigieux, 13
 Revendication, 16, 29, 33
 Réversibilité (rente viagère), 104
 Révocation, v. *fiducie*, v. *mandat*
 Risques
 – bail d'habitation, 40
 – de développement, 27
 – entreprise, 56, 58
 – prêt, 45, 46
 – transfert des -(vente), 23 s.

S

SAFER, 13, 14
 Saisonnier (bail), v. *bail commercial*
 Sécurité (des produits), v. *obligation de -*
 Séquestre, v. *dépôt*
 Simulation, v. *prix (simulé)*
 Soulte, 18, 30
 Sous-acquéreur, 21, 27, 69
 Sous-location, 38, 44
 Sous-traitance, 59 s.
 – action directe, 60
 – agrément, 60
 – cautionnement, 61
 – délégation de paiement, 61
 Sous-traité, 60
 Substitution (clause de), 9 s.

T

Tacite reconduction, v. *bail commercial*
 Tarifs, v. *prix*
 Taux (intérêt), v. *prêt*
 Transaction, 112 s.

– autorité de la chose jugée, 115
 – capacité, 113
 – concessions réciproques, 112
 – définition, 112
 – droits d'intérêt public, 113
 – droits disponibles, 113
 – effet déclaratif, 114, 115
 – état des personnes, 113
 – forme, 114
 – jugement, 115
 – nullité, 113
 – vices du consentement, 113, 114
 Transfert de propriété, v. *prêt de consommation*, v. *vente*
 Transfert des risques, v. *risques*
 Troubles, v. *bail*, v. *vente*
 Trust, 92

U

Usucapion, 25
 Usufruit, 32, 33, 42, 105
 Usufruitier, v. *usufruit*
 Usage
 – domestique, 49
 – lieux (chose louée), 36
 Usure, v. *prêt*, v. *intérêts*

V

Vendeur professionnel, 24
 Vente, 5 s.
 – accessoires, 24, 28
 – acompte, 30, 80
 – agréage, 11
 – arrhes, v. *dédit*
 – autorité de justice (par), 20, 25
 – bloc (en), 15
 – capacité, 6, 8
 – chose, v. *ce mot*
 – conditions, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 17, 20, 22, 23
 – conformité, v. *défait de conformité*
 – consentement, 5, 6 s., 10 s., 22 s.
 – corps certain, v. *chose*
 – dédit, v. *ce mot*

- délivrance, v. *ce mot*
- dégustation, v. *ce mot*
- essai, v. *ce mot*
- état futur d'achèvement, v. *construction*
- éviction (garantie), 25
- immeuble à construire, v. *construction*
(*droit de la -*)
- informations, (vendeur), v. *ce mot*
- lésion, v. *ce mot*
- mesure (vente à la), v. *ce mot*
- obligations
 - de l'acheteur, v. *ce mot*
 - du vendeur, v. *ce mot*
- poids (vente au), v. *ce mot*
- préemption (droit de), v. *ce mot*
- preuve, v. *ce mot*
- prix, v. *ce mot*
- promesse, v. *ce mot*
- réflexion (délai de -), v. *ce mot*
- refus (de), v. *ce mot*
- rêméré, v. *ce mot*
- retrait (droit de), v. *ce mot*
- risques, v. *ce mot*
- sécurité (obligation de), v. *ce mot*
- viager (vente en), v. *rente viagère*
- vices apparents, 24, 29
- vices cachés
 - action, 25
 - antériorité du vice, 25
 - conventions, 26
 - délai, 26
 - estimatoire (action), 26
 - preuve, 25
 - rédhibitoire (action), 26
 - sous-acquéreur, 27
- VEFA (vente en l'état futur d'achèvement),
v. *construction* (*droit de la -*)



INTRODUCTION

Se situant dans le prolongement de la théorie générale des obligations, l'étude des contrats spéciaux les présente comme des applications particulières des principes qu'elle énonce. L'adjectif « spéciaux » vient en contemplation de la généralité de ceux-ci et non par opposition à un contrat général qui n'existe pas.

L'un ne va pas sans l'autre :

- la théorie générale est le support permanent des régimes spéciaux et supplée à leurs lacunes ;
- la théorie générale se nourrit de l'enrichissement des régimes spéciaux.

Le présent manuel ne reviendra pas sur les règles du droit des obligations (on renvoie aux ouvrages qui y sont consacrés). Il ne faut pas pour autant oublier que toute question qui n'est pas expressément traitée par le régime spécial trouve sa solution nécessairement dans la théorie générale.

Le panel des contrats spéciaux est vaste. Il y a ceux prévus par la loi (quelle qu'en soit la forme) – contrats nommés – et ceux dont l'essentiel relève de la création de la pratique et de règles prétoriennes (pour en assurer la sanction) – contrats innommés – destinées, si elles ont fait leur preuve, à être tôt ou tard intégrées dans une loi : le contrat innommé est un contrat nommé en germe.

S'agissant des contrats spéciaux du Code civil, les rédacteurs en avaient une conception très étendue qui embrassait toute sorte de contrats, y compris ceux qui ne sont plus, d'un point de vue de la tradition universitaire du moins, englobés dans cette matière : les régimes matrimoniaux comme les sûretés en sont sortis depuis longtemps déjà sans doute parce que la source légale (non conventionnelle donc) de ces « engagements » est apparue trop importante pour les maintenir dans une étude réservée aux seuls contrats.

En outre, pour d'autres contrats, le régime juridique a évolué vers un statut si spécifique qu'il en a acquis une réputation (à tort ou à raison) d'autonome, tel le droit du travail, ou encore il est devenu si complexe ou vaste qu'il a justifié la création d'un enseignement distinct, tel celui des contrats d'assurance : il y a donc des contrats si spéciaux qu'ils méritent un traitement à part.

Si on s'en tient à la liste des contrats qui demeurent rattachés au droit commun des contrats spéciaux, on est confronté à un « inventaire à la Prévert » : pour ceux du Code civil, on trouve les contrats de ventes (catégorie qui se subdivise), échange, louages (il y en a de plusieurs sortes), promotion immobilière, société, de gestion d'indivisions, prêt, dépôt, aléatoires, mandat, auxquels il faudrait rajouter, hors Code civil, ceux relatifs à la distribution (franchise, concession, distribution sélective), les contrats de crédit-bail, le contrat d'agent commercial, sans oublier l'émergence d'une matière de plus en plus conçue parallèlement (sous la vive impulsion donnée par le droit communautaire), le droit de la consommation.

Ce pullulement pose deux ordres de **difficultés**.

- L'identification de chacun d'entre eux est parfois un problème face à des contrats qui empruntent des règles à un ou plusieurs régimes juridiques.

La qualification est par principe unitaire : on fait appel à la théorie de l'accessoire – la qualification pour l'ensemble sera celle résultant du rattachement principal, parfois, mais non nécessairement, limité à la prestation caractéristique du contrat.

Elle peut être, à défaut, et à condition que cela soit possible (divisibilité du contrat « multifacette »), distributive.

Elle est, et c'est un constat d'échec alors, absente – contrats *sui generis* dont le régime, fortement ancré sur les règles posées par la théorie générale, est construit peu à peu par la jurisprudence.

- Le classement de ces contrats est une entreprise qui, il faut l'avouer, est rationnellement impossible si on veut s'en tenir au schéma si prisé dans les facultés de droit d'un plan en deux parties.

Une première vue des choses laisserait supposer qu'il y a des contrats plus proches de la théorie générale que d'autres (il y aurait des contrats spéciaux généraux et d'autres qui seraient très spéciaux), qu'il y aurait la possibilité de dégager des règles communes à l'ensemble (il y aurait une théorie générale des contrats spéciaux et des applications particulières), qu'il y aurait les contrats prévus dans le Code civil et ceux prévus dans des lois annexes, qu'il y aurait, d'une part, les contrats civils et, d'autre part, les contrats commerciaux...

Aucune de ces propositions ne résiste à l'épreuve du classement du fait même qu'un contrat peut parfaitement relever de plusieurs catégories s'il n'est pas la reproduction pure et simple d'un contrat type du Code civil et que les points communs entre tous ces contrats, hormis le fait d'être rattachés au droit des obligations et les conséquences que cela emporte, paraissent bien faibles et disparates.

Ce constat oblige donc à une double modestie.

On ne peut passer en revue tous les contrats spéciaux : il ne sera ici retenu que ceux qui sont à la fois usuels et qui ne présentent pas une spécificité telle qu'ils sont abordés ailleurs (les contrats de distribution ne seront donc pas étudiés dans l'ouvrage).

On ne peut non plus présenter ceux retenus selon un plan qui serait sous-tendu par une idée directrice unique : il n'y a pas un fil conducteur pour emmener le lecteur d'un contrat à l'autre. L'effet catalogue est malheureusement inévitable, même si des regroupements sont envisageables.

On proposera donc d'étudier :

- les contrats portant sur une chose ;
- les contrats de services ;
- les contrats aléatoires ;
- les conventions sur les litiges.

Il convient de faire une ultime précision avant d'aborder le vif du sujet : le présent ouvrage a volontairement écarté les aspects de droit international privé pour chacun des contrats étudiés parce qu'il est d'usage (pour combien de temps encore ?) dans nos enceintes universitaires d'enseigner ainsi la matière des contrats spéciaux.

Première partie

LES CONTRATS PORTANT SUR UNE CHOSE

Notion : le terme de « chose » doit être compris au sens large et s'oppose à celui de « personne ». Ce sont des biens de toute nature : meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Ce sont des choses susceptibles de propriété et dont la Cour européenne des droits de l'homme assure la protection sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Au cœur de la formation et l'exécution de ces contrats qui relèvent de cette partie se trouve cette chose ainsi définie. La précision des conditions de validité, la définition des obligations des parties se font en contemplation de celle-ci.

Ces contrats sont deux sortes :

- soit assurer le transfert de propriété de la chose,
- soit assurer seulement la jouissance de la chose.

Titre 1 > LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DE LA CHOSE

5 Chapitre 1 > La vente

30 Chapitre 2 > L'échange

Titre 2 > LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE LA JOUISSANCE DE LA CHOSE

32 Chapitre 1 > Le bail

45 Chapitre 2 > Le prêt



Titre 1

LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DE LA CHOSE

Le transfert de propriété d'une chose peut résulter de modalités juridiques très diverses comme le révèlent les différents titres du livre troisième du Code civil. Transfert à cause de mort, par effet de la loi ou par effet de la volonté, transfert entre vifs, à titre onéreux ou à titre gratuit.

Ces diverses modalités ne sont pas toutes étudiées dans le cadre d'un cours sur les contrats spéciaux. En sont exclus ainsi ce qui relève du domaine des successions et des libéralités.

Si l'on s'en tient aux contrats translatifs de propriété à titre onéreux, objets du présent ouvrage, il y a un modèle qui domine la catégorie et qui sert de point de départ à de multiples déclinaisons. Le transfert de propriété s'opère avant tout en effet par **la vente** de la chose. Toutefois, puisque le Code civil érige en contrat distinct un mécanisme très proche et qui tend aux mêmes fins, **l'échange**, on en dira quelques mots.

Chapitre 1 > LA VENTE

> L'essentiel

Présentation : la vente est le contrat par lequel le propriétaire d'une chose (le vendeur) en transfère la propriété à une personne (l'acheteur) moyennant le paiement d'un prix (art. 1582 C. civ.) :

- le transfert de propriété d'une chose permet ainsi de distinguer la vente, d'une part, du contrat d'entreprise dont l'objet est l'exécution d'un travail pour autrui et, d'autre part, du bail ou du prêt qui ne transfère que la jouissance de la chose ;

- l'existence d'un prix la différencie de l'échange (art 1702 C. civ.), de l'apport en société (art. 1832 C. civ.) ou encore de la donation (art. 893 C. civ.).

Même si la vente est aujourd'hui encore le contrat le plus usuel, elle n'a cependant pas été le premier contrat conclu entre les êtres humains qui ont d'abord pratiqué le troc. La vente n'a pris le relais qu'avec l'apparition de la monnaie.

Considérée à l'époque classique romaine comme un contrat réel (la remise de la chose était une condition de validité de la vente), le Code civil en a fait un contrat consensuel : sauf disposition légale contraire (dirigisme économique après la Seconde Guerre mondiale imposant un blocage des prix dans certains secteurs, développement du droit de la consommation à partir de la seconde moitié du ^{xx}e siècle), le seul échange des consentements suffit à former le contrat.

Sources : la vente est tout d'abord régie par le Code civil (art. 1582 à 1701, art. 1386-1 à 1386-18), par diverses lois ou codes récents, tel le Code de la consommation (publicité, démarchage).

Le droit communautaire, spécialement celui de la concurrence, par les principes qu'il pose sur la commercialisation des produits ou des services, influe indéniablement sur les relations entre acheteurs et vendeurs.

La jurisprudence joue aussi un rôle essentiel et par son entremise, des usages professionnels (tels des conditions générales de vente) ont pu être consacrés.

Dans l'ordre véritablement international, les dispositions de la Convention de Vienne du 18 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, en vigueur en France depuis le 1^{er} avril 1988, ont parfois infléchi les solutions internes.

Plan : de façon très classique, l'exposé des règles du droit commun de la vente s'articulera autour de deux titres : les éléments constitutifs de la vente et les effets de la vente.

Section 1 > LA FORMATION DU CONTRAT DE VENTE

La vente « est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est **convenu** de la **chose** et du **prix**, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé » (art. 1583 C. civ.).

Ce texte met en lumière les trois éléments constitutifs de la vente :

- le consentement des parties ;

- la chose, objet du contrat ;
- le prix.

§ 1 - Le consentement des parties

Généralités : les règles de base de la formation du contrat s'appliquent évidemment à la vente. Ce contrat doit donc répondre aux exigences de l'article 1108 du Code civil :

- un consentement de la partie qui s'oblige ;
- la capacité de contracter des parties ;
- un objet certain ;
- une cause licite.

S'agissant du consentement, outre les qualités que doit revêtir le consentement (existence, absence de vices) et qui sont communes à tous les contrats (v. droit des obligations), le droit de la vente présente quelques spécificités concernant l'aménagement du consentement et qui sont principalement de deux ordres :

- il existe des mécanismes permettant de retarder le moment où le consentement sera considéré comme définitivement donné ; on se trouve dans la phase préparatoire du contrat qui se présente, lorsqu'elle est formalisée, sous forme d'**avant-contrats** ;
- le principe du consensualisme, selon lequel le contrat est formé par la seule volonté des parties, est parfois battu en brèche, soit qu'**on exigera plus qu'un simple accord**, soit qu'il y aura des **obstacles à la liberté de choix du cocontractant**.

A. L'étape préparatoire : l'avant-contrat

Parmi les avant-contrats, certains ne font qu'organiser les relations des parties mais sans porter sur l'objet même du contrat à venir. Ainsi en est-il des **accords de négociation**, dits aussi **accords de principe**, qui définissent les obligations des parties pendant la phase de négociation (obligation de loyauté, clause de confidentialité) et, le cas échéant, la répartition des frais exposés.

D'autres se situent davantage dans la perspective de construire la future vente : ce sont avant tout les **promesses de vente**, catégorie dans laquelle la jurisprudence insère le **pacte de préférence**. Ce sont ces avant-contrats qu'il faut préciser avant d'en voir le régime juridique.

1. Notion

a) La promesse unilatérale

La promesse unilatérale (promesse d'acheter ou promesse de vendre) est un véritable **contrat**, ce qui la distingue d'une simple offre :

- une partie s'engage à conclure la vente (le promettant),
- l'autre partie (le bénéficiaire) accepte le principe de cet engagement (la rencontre des consentements porte sur ce point) sans s'obliger lui-même sur la conclusion de la vente. Le contrat définitif de vente se trouve formé au moment où le bénéficiaire **lève l'option** (il déclare vouloir acquérir). Généralement, les promesses stipulent le délai dans lequel il devra se prononcer.

Les promesses de vente sont fréquentes en droit civil, surtout en matière de vente immobilière, tandis que les promesses d'achat se rencontrent essentiellement en droit commercial (elles portent sur des fonds de commerce, sur la cession de parts sociales).

Très souvent, la promesse prévoit au profit du promettant une **indemnité d'immobilisation** (« prix de l'exclusivité » de la vente du bien qu'il consent au bénéficiaire) qui lui demeure acquise si le bénéficiaire ne donne pas suite au projet.

- Théoriquement réductible *prorata temporis* (si le bénéficiaire renonce très vite à la vente), une clause de style, insérée dans toutes les promesses, en fait en réalité une indemnité due forfaitairement quel que soit le temps réel d'immobilisation.
- Il faut noter que cette indemnité peut justifier la requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique si elle est d'un montant trop élevé de sorte qu'elle retire en fait au bénéficiaire la liberté d'acheter ou non (question relevant du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond).

b) La promesse synallagmatique

Elle constate un engagement réciproque des parties, de vendre et d'acheter. Cette promesse synallagmatique est couramment appelée, dans les ventes immobilières, « **compromis** ».

Une telle promesse « *vaut vente lorsqu'il y a consentement réciproque sur la chose et sur le prix* » (art. 1589). Ce n'est donc pas, selon le Code civil, un véritable avant-contrat mais **soit une vente** (sous conditions suspensives), soit un **simple projet** quand les parties ne donnent pas leur consentement définitif au stade de la « promesse », ce qui est le cas lorsqu'elles érigent la signature de l'acte authentique en un élément essentiel.

Les clauses qui y sont insérées mettant à la charge de la partie qui n'exécute pas le contrat le versement d'une indemnité sont soit des **clauses pénales** sanctionnant l'inexécution fautive (la stipulation de l'indemnité n'empêche pas le recours à l'exécution forcée), relevant de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil (pouvoir de révision du juge), soit des **clauses de dédit** qui accordent aux parties le droit de se désengager moyennant compensation financière (ni l'exécution forcée, ni la révision judiciaire ne sont alors possibles).

c) Le pacte de préférence

Inséré dans les contrats pour remédier à l'absence de droit de préemption légal (baux commerciaux ou professionnels par exemple) – v. *infra*, 2 –, dans les statuts de sociétés pour donner un droit de regard sur l'entrée de tiers ou encore dans un contexte de voisinage (en campagne surtout), il a pour objet de conférer un **droit de priorité** au bénéficiaire pour le cas où le propriétaire du bien se déciderait à le vendre : ce dernier s'engage à lui proposer la vente avant de s'adresser à des tiers.

Comme le promettant ne s'engage pas, par ce pacte, à vendre, la Cour de cassation l'a qualifié de **promesse conditionnelle de vente** (la condition dépendrait ici de la seule volonté du vendeur, ce qui en ferait, pris à la lettre, une surprise potentielle), sans doute pour en permettre la publicité foncière (Décr. n° 55-22 du 4 janvier 1955, art. 37) s'il porte sur un bien immobilier et en assurer ainsi son efficacité : il fait ainsi partie, de ce point de vue, des promesses unilatérales, ce qui n'est pas sans influence sur son régime juridique.

2. Régime juridique

- Le régime de la **promesse synallagmatique** ne soulève pas de difficulté particulière en tant que promesse car c'est, rappelons-le, **une vente** (ou un simple projet s'il

n'y a pas accord sur la chose et sur le prix), même si elle est assortie de conditions ou de termes (renvoi *infra*).

- Contrat préparatoire à la vente, **la promesse *stricto sensu* – promesse unilatérale** – doit certes répondre aux mêmes exigences de détermination du prix et de la chose que celles posées pour la vente elle-même puisque, du côté du promettant, le consentement est donné dès la conclusion de la promesse (cf. *infra*, conditions de la vente) ; elle appelle cependant un traitement particulier.
- La clause de substitution, très fréquente, est une spécificité des avant-contrats.
- S'agissant du **pacte de préférence**, la précision de son régime juridique a connu quelques péripéties jurisprudentielles. On peut penser qu'il est désormais fixé.

a) Promesse unilatérale

Régime juridique :

1. Observations d'ordre temporel pour les conditions de validité

Précisions quant au moment auquel il faut se placer pour apprécier les conditions de validité.

– **Du côté du promettant.** Parce que le promettant se trouve engagé dès la promesse, **toutes les conditions de validité le concernant** seront appréciées **au jour de la conclusion de la promesse**. Cela est vrai ainsi de sa capacité : s'il devient par la suite incapable (incapacité inhérente à la personne, ouverture d'une procédure collective), cette incapacité sera en principe sans influence et la vente sera valablement conclue dès que le bénéficiaire lèvera l'option. Le décès du promettant après la conclusion de la promesse ne peut, pareillement, la remettre en cause, contrairement à ce qui se passe pour l'offre : ce sont ses ayants cause qui seront tenus de l'exécuter.

– **Du côté du bénéficiaire de la promesse.** Il doit, certes, avoir la capacité de contracter au jour de la promesse, surtout que, généralement, il s'engage, à ce stade, à payer une indemnité d'immobilisation en cas de renonciation de sa part à la vente ; mais cette capacité doit perdurer jusqu'au jour de la levée d'option, date à laquelle il s'engage dans le contrat définitif. S'il devient incapable dans l'intervalle, ce sera son représentant légal qui devra intervenir pour la levée d'option.

– **Date de conclusion de la vente.** Le contrat de vente étant conclu au jour de la levée d'option, c'est cette date qui constitue le point de départ de la réalisation des conditions suspensives qui ont pu être stipulées. C'est aussi à cette date qu'il faut se placer pour apprécier l'existence d'une lésion (art. 1675, al. 2, C. civ.).

2. L'exigence d'un enregistrement

L'article 1589-2 du Code civil impose, **à peine de nullité, l'enregistrement dans les dix jours** de sa conclusion de **toute promesse unilatérale de vente sous seing privé** afférente à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit au bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, ou à certains titres de société, ainsi que les cessions de telles promesses.

C'est une **nullité absolue, d'ordre public** : tout intéressé (quelle que soit sa qualité) d'une promesse peut l'invoquer. Mais elle ne frappe que les actes prévus expressément par ce texte, ce qui exclut la promesse unilatérale authentique, la promesse synallagmatique sous seing privé, ainsi que le contrat préliminaire – contrat de réservation – dans les ventes d'immeubles à construire (sur ce contrat, v. *infra* p. 62), ou encore le crédit-bail.

De la même façon, la jurisprudence n'a pas voulu assimiler la faculté de substitution à une cession de promesse au sens de ce texte (v. b).

3. Sanction de la violation de la promesse

Cela ne concerne que le promettant, le seul engagé par la promesse, le bénéficiaire ne s'obligeant, tout au plus, qu'à payer l'indemnité d'immobilisation éventuellement stipulée.

La violation consistera pour lui à refuser de conclure la vente avec le bénéficiaire (en général parce qu'il trouvera meilleur acquéreur ailleurs) :

- sa rétractation est sans effet si elle intervient après la levée d'option (la vente est conclue) ;
- en revanche, depuis deux arrêts remarquables de 1993, **il est certain qu'on ne peut contraindre à l'exécution forcée le promettant qui s'est rétracté avant** (v. art. 1142 C. civ.) ;
- il sera seulement tenu de réparer le préjudice subi par le bénéficiaire du fait de cette rétractation.

Remarques :

- tout d'abord, l'obligation du promettant a la nature d'une **obligation de résultat**, de sorte que le bénéficiaire n'a pas à rapporter la preuve d'une faute pour engager sa responsabilité (ce qui distingue l'hypothèse de celle où l'offrant se rétracte) ;
- ensuite, les parties peuvent fixer elles-mêmes, par avance, le montant de ces dommages et intérêts qui auront le caractère de **dédit contractuel** ;
- de plus, cette jurisprudence n'est pas d'ordre public et les parties peuvent en conséquence **stipuler l'irrévocabilité** de l'engagement du promettant pour lui interdire de se rétracter pendant la durée de l'option (cette stipulation est fréquente en pratique et l'avant-projet de réforme du droit des obligations en fait la règle de principe) ;
- enfin, le **tiers** qui aurait contracté avec le promettant indélicat peut voir sa **responsabilité (délictuelle)** engagée s'il a commis une **faute** (complicité dans la violation de la promesse de vente s'il avait eu connaissance de l'existence de cette promesse).

b) La faculté de substitution

Création de la pratique pour contourner le formalisme de la cession de contrat (avec laquelle il ne faut pas la confondre), la clause de substitution permet à l'une des parties de **se substituer la personne de son choix et de lui conférer les avantages de la promesse**. Cette faculté est devenue une clause de style dans les promesses unilatérales de vente immobilières (au profit du bénéficiaire). On la rencontre même dans les compromis, ce qui est parfois discuté : sa mise en œuvre n'est alors possible que tant que les conditions suspensives ne sont pas toutes réalisées (après, une telle « substitution » est indiscutablement une cession de contrat).

Elle est en tout cas **interdite lorsqu'elle est consentie à titre onéreux par un professionnel de l'immobilier** (L. n° 93-122 du 29 janvier 1993, art. 52).

Régime juridique : si la nature juridique de la substitution reste toujours controversée, son régime juridique a été précisé en jurisprudence sur trois points essentiels :

- **la faculté de substitution n'a pas le caractère d'une cession** et ne se trouve donc soumise ni à l'obligation d'enregistrement de l'article 1589-2, ni aux dispositions de l'article 1690 du Code civil ;

- il ne faut **pas confondre l'acceptation de la substitution** par le bénéficiaire substitué (la substitution est mise en place) **et l'acceptation par lui de la promesse** (ce qui correspond à la levée de l'option) ; seule, cette dernière acceptation a pour effet de transformer la promesse unilatérale en vente ;
- le **bénéficiaire initial**, le substituant, **conserve la faculté d'exercer les droits issus de la promesse** à la place du substitué si celui-ci demeure passif (ex. : déclaration de créance dans le cadre d'une procédure collective) ou renonce à la vente (le substituant pourra alors lever l'option pour son compte) ; cette solution permet de souligner la différence entre la cession de promesse, qui évince de l'opération de vente le cédant une fois la cession réalisée, et la substitution où le substituant recouvre ses droits issus de la promesse si le substitué ne s'en prévaut pas.

c) Pacte de préférence

Avant-contrat où n'existe pas d'engagement de vendre dans l'immédiat, le prix n'a pas à être fixé dans le pacte, ce qui est une bonne chose car il peut s'écouler longtemps avant qu'il soit mis en œuvre.

Régime juridique : il dépend de l'étendue de la complicité du tiers dans sa violation.

– La violation ne peut entraîner en principe que des dommages-intérêts dus par le promettant.

– Mais la Cour de cassation sanctionne les comportements éhontés. Dans certaines circonstances, le bénéficiaire dont les droits ont été bafoués peut obtenir la nullité de la vente, voire sa substitution dans les droits de l'acquéreur si est constatée une **collusion frauduleuse entre le promettant et le tiers** acquéreur, ce qui suppose de ce dernier non seulement qu'il connaisse l'existence du pacte de préférence (informé par exemple par une publicité foncière pour un pacte portant sur un immeuble), mais de plus qu'il sût que le bénéficiaire entendait s'en prévaloir.

Par ailleurs, il est admis que le promettant, qui s'engage à donner une **priorité d'achat** au bénéficiaire en cas de vente de son bien, est susceptible d'engager sa **responsabilité** si, postérieurement au pacte, il vient à consentir au profit d'un tiers un bail faisant naître un droit de préemption pour le preneur en cas de vente du bien. La prééminence du droit de préemption légal sur le pacte de préférence (droit de préemption conventionnel) conduira à priver le bénéficiaire du pacte de ses droits si le titulaire du droit légal s'en prévaut : le bénéficiaire évincé pourra alors exiger une réparation par équivalent.

B. Les modulations du consensualisme

Le principe du consensualisme, qui implique que la vente soit formée dès la rencontre de volontés des deux parties, connaît des aménagements de diverses natures : soit il s'agit d'encadrer l'échange des consentements, soit, plus grave, il s'agit de porter atteinte au libre choix de son cocontractant.

1. L'encadrement du consentement

Cet encadrement prend deux principales orientations : l'inclusion de conditions ou de termes dans le contrat qui permettent aux parties de contrôler davantage les modalités de leur engagement ; l'obligation de respecter un certain formalisme, garantie d'une protection de leur consentement.

a) Conditions ou termes assortissant la vente

Comme dans tout contrat, les parties, voire le législateur, peuvent utiliser la condition (art. 1168 C. civ.) ou le terme (art. 1165 C. civ.) pour subordonner l'engagement des parties à des événements jugés par elles essentiels. Le Code civil lui-même conçoit la vente à l'agrée sous cet aspect.

1. Modalités usuelles.

- Les conditions peuvent être liées au **financement de l'acquisition**, à la nécessité d'obtenir des **autorisations administratives** (ainsi pour la cession d'une officine de pharmacie – art. L. 574 et L. 575 CSP) ou l'**agrément** de personnes publiques (officiers ministériels) ou privées (nombreux exemples en droit des affaires – cession de baux commerciaux, de parts sociales...).
- Dans certaines ventes conclues avec les **consommateurs**, le législateur l'impose d'office, lorsque le consommateur a recours à un prêt (art. L. 311-25-1 et L. 312-12 C. consom.).
- Dans les **ventes immobilières sous seing privé** (*compromis*), et hormis les cas où l'acte authentique est exigé à titre de validité de la vente (v. *infra*), la précision selon laquelle **la vente ne sera définitive qu'au jour de la signature de l'acte authentique** est en fait un terme suspendant les effets du contrat au jour de l'établissement de l'acte notarié dont l'existence n'est, sauf exceptions (les juges doivent alors spécialement motiver leur décision sur les circonstances particulières qui retardent le consentement des parties), qu'une nécessité aux fins de publicité foncière et d'opposabilité *erga omnes* du transfert de propriété.

L'article 1178 du Code civil, qui répute accomplie la condition lorsque la partie « débitrice » de cette condition (celle à qui incombent les démarches) en a empêché la réalisation, a pour effet de renverser la charge de la preuve : c'est à la partie défaillante d'établir qu'elle a fait les diligences nécessaires pour la réalisation de la condition. La sanction édictée à l'article 1178 consiste alors à faire peser sur elle les conséquences financières (dommages-intérêts) de l'échec de la vente.

2. Les ventes à l'agrée.

Illustrations légales de ventes soumises à conditions, les ventes à l'agrée, prévues aux articles 1587 et 1588 du Code civil, malgré une rédaction un peu désuète, restent d'actualité : le premier texte concerne les ventes à la dégustation, le second les ventes à l'essai.

- Les ventes à la dégustation

« À l'égard du vin, de l'huile, et des autres choses que l'on est dans l'usage de goûter avant d'en faire l'achat, il n'y a point de vente tant que l'acheteur ne les a pas goûtées et agréées ».

La conclusion du contrat se trouve retardée après l'agrément de l'acheteur : jusque-là, ce n'est qu'une promesse unilatérale de vente. L'acheteur jouit, dans le cadre de telles ventes, d'un **pouvoir discrétionnaire** et n'a pas à justifier son refus d'acheter.

Ce texte est d'interprétation stricte mais il n'est que supplétif : les parties peuvent donc l'exclure par convention expresse dans le cas d'une vente où il serait d'usage de goûter la chose (parce que ses qualités sont très subjectives).

- Les ventes à l'essai

Elles se distinguent des précédentes par l'absence de pouvoir discrétionnaire de l'acheteur. L'essai porte sur des qualités objectives – la « *condition suspensive* » visée à l'article 1588 – et si elles sont vérifiées, il ne peut alors refuser la vente.

La situation des parties, tant que l'essai n'est pas achevé, est originale car tout en étant dans le cadre d'une vente non encore conclue (effets suspensifs de la condition), la chose est mise immédiatement à la disposition de l'acheteur. Il faut donc considérer qu'un prêt à usage (v. *infra* p. 45) est l'accessoire nécessaire de ce type de vente durant le délai de l'essai.

b) Exigence d'un formalisme

1. Exigence d'un simple écrit

On la retrouve lorsque des **informations** doivent être communiquées à l'acquéreur (par exemple, art. R. 261-25 à R. 261-27 CCH, pour le contrat préliminaire de réservation dans une vente d'immeuble à construire), sans que cela soit pour autant systématique (v. pour la vente d'un fonds de commerce, art. L. 141-1 C. com. qui, tout en énumérant toutes les informations que doit donner le cédant, n'impose pas formellement cet écrit). L'exigence de l'écrit permet de s'assurer que le vendeur a bien rempli son obligation légale.

La **sanction** du non-respect de cette exigence **varie** selon les hypothèses : nullité impérative (pour le contrat préliminaire susvisé) ou soumise à l'appréciation du juge (cession de fonds de commerce), parfois seulement source de responsabilité pour le vendeur.

2. Exigence d'un acte authentique

Elle est, pour l'essentiel, cantonnée à **certaines ventes immobilières** lorsqu'elle constitue, par exception au principe du consensualisme, une condition de validité de l'acte. Elle trouve son fondement dans le devoir de conseil du notaire qui s'impose face à un candidat acquéreur vulnérable parce que la chose n'existe pas encore (ventes d'immeubles à construire – art. L. 261-11 CCH) ou parce que l'opération est complexe et concerne des acquéreurs non rompus aux affaires (contrats de location-accession – L. n° 84-595 du 12 juillet 1984, art. 4).

Le **non-respect** de ce formalisme entraîne inéluctablement la **nullité de la vente**.

2. Les atteintes au libre choix du cocontractant

- Le **refus de vente** (art. L. 122-1 C. consom.) tout comme la **vente forcée** (art. R 40-12 C. pén. et art. L. 122-2 et L. 122-3 C. consom.) ne sont pas des exemples pertinents : le premier parce que le vendeur est en situation d'offrant qui ne saurait, sauf exigences légales particulières (ordonnance par exemple pour la délivrance de certains médicaments), contester la formation de la vente par la sollicitation de tout candidat acquéreur, le second parce qu'elle est illicite (c'est un délit).

- En revanche, l'existence de **droits de préemption**, qui obligent le vendeur à vendre à une personne désignée (le bénéficiaire du droit), constitue une véritable altération au libre choix par le vendeur de son cocontractant.

La doctrine majoritaire distingue le droit de préemption *stricto sensu*, qui intervient avant la conclusion de la vente avec le candidat acquéreur initialement pressenti, et le **droit de retrait** qui évince l'acquéreur pour y substituer le bénéficiaire.

Le second cas réalise une véritable expropriation et est donc difficilement compatible avec la protection du droit de propriété si le bénéfice est accordé à une personne privée (v. cependant, art. 815-15 C. civ., nullité au profit des coindivisaires).

En pratique comme en jurisprudence, cette distinction n'est pas utilisée et tous ces mécanismes sont visés pareillement comme étant des droits de préemption (ex. art. L. 123-1 C. patr. sur le droit de préemption de l'État sur les œuvres d'art, qui est en fait un droit de retrait).

a) Présentation des droits de préemption

- Les droits de préemption peuvent avoir pour finalité de **protéger un intérêt général** : outre la protection du patrimoine pour les œuvres d'art susvisé, le Code de l'urbanisme regorge de droits de préemption visant à la protection du territoire, de son aménagement (**DPU** – droit de préemption urbain – art. L. 211-1, droits de préemption dans les ZAD – art. L. 212-3, ou encore droit de préemption sur les fonds de commerce – art. R. 214-1) tandis que le Code rural prend le relais s'agissant des terres agricoles (droit de préemption au profit de la **SAFER** – art. L. 562-1).

- Les **personnes privées sont parfois les bénéficiaires** de droits de préemption. Il en existe deux dans le Code civil : pour les **coindivisaires**, doublement protégés par une notification avant toute cession des droits indivis à un tiers (art. 815-14) et par un droit de retrait en cas d'adjudication de droits indivis (art. 815-15) ; pour les débiteurs, en cas de cession de leur dette (**retrait litigieux**, art. 1699). Le Code rural en prévoit un au profit du **preneur rural** en cas de vente des terres qu'il exploite (art. L. 412-1).

- En droit privé, l'un des plus connus est sans doute celui offert au **locataire d'un bail d'habitation** qui s'ouvre lorsque le logement loué est mis en vente : soit en vue d'une vente libre de toute occupation, à l'appui d'un congé pour vendre (L. n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 15-I), soit en vue d'une vente occupée, lorsque la vente est la première après la division initiale ou la subdivision de tout ou partie de l'immeuble en lots (L. n° 75-1351 du 31 décembre 1975, art. 10) ou lorsque la vente porte sur l'ensemble des lots d'un immeuble comportant plus de dix logements (L. préc. du 31 décembre 1975, art. 10-1 créé par la L. du 13 juin 2006), voire sur des aires de stationnement depuis la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 (modifiant art. 8-1, L. n° 65-557 du 10 juillet 1965).

b) Régime juridique

Condition : pour l'exercice de ce droit, la loi oblige le vendeur à faire, parallèlement aux négociations qu'il a pu entreprendre avec un tiers acquéreur, une **offre de vente** au bénéficiaire (appelée parfois, en droit de l'urbanisme DIA, déclaration d'intention d'aliéner). Si elle est acceptée par son destinataire (le délai de réflexion est court, deux mois en général), la vente est parfaite entre les parties. Il est donc d'usage de stipuler, dans les promesses qui ont pu être conclues avec les tiers, qu'elles sont soumises à la condition suspensive de non-exercice par le bénéficiaire de son droit de préemption pour les rendre caduques si le bénéficiaire préempte le bien.

- **Le conflit de droits de préemption.** Si ce conflit existe entre un droit protégeant un intérêt général et un droit bénéficiant à une personne privée, la règle de principe veut que la préférence soit donnée au premier : l'intérêt général prime sur l'intérêt particulier. Une exception notable se trouve à l'article L. 412-4 du Code rural : le preneur rural qui entend exercer son droit est préféré à la SAFER.

Et si le bailleur qui veut vendre son bien loué se voit soumis à deux types de droit de préemption au profit du même locataire (celui de la loi du 6 juillet 1989 et celui de la loi du 31 décembre 1975), la jurisprudence estime qu'il lui appartient de faire ce choix sans que le locataire ait son mot à dire.

- **Protection du titulaire du droit contre des exigences excessives.** La première hypothèse qu'on a en vue est celle d'un prix volontairement excessif pour dissuader le titulaire d'exercer son droit, ce qui peut justifier la mise en cause de sa responsabilité pour abus de droit. En matière de baux d'habitation, le législateur a trouvé la parade en imposant **une seconde purge du droit**, sous peine de **nullité de la vente**, si elle est passée avec un tiers à des conditions plus avantageuses (L. 6 juillet 1989 préc., art. 15-II, 4^e al. ; L. 31 décembre 1975 préc., art. 10, 3^e al.). En outre, si, en principe, le titulaire n'a d'autre choix que d'accepter l'offre de vente ou la décliner, on lui reconnaît parfois la possibilité d'en discuter les conditions, dont le prix proposé par le vendeur : c'est le cas pour le preneur rural, la SAFER et les collectivités territoriales (DPU). L'arbitrage se fait sous l'égide du juge compétent (tribunaux paritaires des baux ruraux, tribunal administratif) mais les parties – vendeur ou titulaire du droit de préemption – ne sont pas obligées d'accepter le prix fixé judiciairement et peuvent renoncer à la vente. Et, en tout état de cause, le vendeur ne saurait imposer au bénéficiaire du droit de préemption une condition incompatible avec les dispositions légales l'organisant.

- **Sanction du non-respect du droit de préemption.** Hormis la responsabilité encourue (justifiant l'octroi de **dommages-intérêts**) et le prononcé de la **nullité** de la vente évoqués ci-dessus, la **possibilité de substituer** purement et simplement le bénéficiaire au tiers acquéreur, qui paraît la sanction la plus efficace, est d'un manie-ment difficile (ce qui explique qu'elle ait disparu dans un certain nombre de textes – ainsi pour le locataire d'un bail d'habitation) car il faut démontrer, selon la juris-prudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'est en cause un intérêt général et légitime : la substitution reconnue au profit de l'État (pour les œuvres d'art par exemple), de la SAFER répond à cette exigence mais cela est nettement moins certain lorsque la même possibilité est reconnue au preneur rural.

§ 2 - La chose vendue

On vend toute sorte de choses, de la maison aux droits d'exploitation d'un brevet, en passant par des volumes d'air (ou de terre) qui permettront de dissocier la pro-priété du dessus et celle du dessous. Cette extrême variété, qui pourrait se décliner en multiples exemples, ne fait pas obstacle à l'édiction de règles communes, que ce soit quant à la détermination de la chose, son existence et sa licéité.

A. La détermination de la chose vendue

Cette exigence est posée par l'un des articles fondateurs de la théorie générale des obligations, **l'article 1108 du Code civil** qui, au titre des conditions de validité de la convention, vise « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ».

1. Vente d'un corps certain

Si la chose porte sur un corps certain, la vente doit le **désigner** de sorte à pouvoir l'identifier sans ambiguïté : il est essentiel de vérifier que les consentements des parties ont porté sur la même chose.

Outre une désignation suffisamment précise de celle-ci (pour les immeubles, on s'appuie sur les références cadastrales par exemple), il ne faut pas oublier, le cas

échéant, ses **accessoires** lorsqu'ils ne font pas corps avec elle et s'ils sont compris dans la vente. La pratique d'un **inventaire** juste avant la vente est parfois utile pour éviter des enlèvements intempestifs (marbres de cheminée, radiateurs...).

2. Vente d'une chose de genre

Lorsque la vente porte sur une **chose de genre**, qu'il convient donc d'individualiser, c'est lors de l'exécution du contrat que la chose devient corps certain : le **transfert de propriété s'en trouve retardé** à ce moment.

Parce qu'elle participe à la livraison de la chose, il est fréquent que ce processus d'**individualisation** soit entre les mains du vendeur qui est le débiteur de cette obligation. Mais ce n'est pas une règle impérative et la jurisprudence a admis ainsi, dans une hypothèse particulière où la chose de genre était un immeuble (une certaine surface de terrain à prélever sur une parcelle déterminée), que la vente était parfaite car la chose était suffisamment déterminée par l'indication de la surface à prendre et la parcelle sur laquelle le prélèvement devait être opéré, que ce dernier dût être fait par le vendeur ou par l'acquéreur.

3. Vente au poids, au compte ou à la mesure

Les articles **1585** et **1586** du Code civil envisagent des modalités particulières de vente qui ne soulèvent pas davantage de difficulté quant à leur validité. Que ce soit en effet la vente au poids, au compte ou à la mesure (art. 1585) – dite plus simplement **vente à la mesure** – ou la **vente en bloc** (art. 1586 ; exemple vinicole : vente en primeur d'un nombre déterminé de barriques de telle récolte), la détermination de l'objet de la vente ne pose aucun problème.

Toutefois, dans la première hypothèse, le transfert de propriété ne s'opère qu'une fois la mesure faite alors que dans la seconde, il a lieu dès la conclusion de la vente car la chose vendue est déterminée *ab initio*.

B. L'existence de la chose vendue

L'inexistence de la chose vendue au moment de la vente, si elle devait être constatée, fait encourir la **nullité** soit pour **absence d'objet** de l'obligation du vendeur, soit pour **absence de cause** de celle de l'acheteur. Bien que l'hypothèse paraisse surprenante, elle n'est pas purement d'école. Outre les conséquences d'événements violents naturels qui peuvent justifier qu'on se pose la question, l'effet rétroactif de la nullité peut conduire à cette problématique : si un brevet vient à être annulé et s'il a été, entre-temps, cédé, le cessionnaire aura acquis un droit qui n'existe pas.

L'article 1601 du Code civil traite de la question et envisage deux situations :

- si la chose « *était périe en totalité* », la vente est nulle (al. 1^{er}) ;
- si une partie seulement l'est, l'acquéreur a le choix ou « *d'abandonner la vente* » ou « *de demander la partie conservée, en faisant déterminer le prix par la ventilation* » (al. 2).

Observons que ce texte ne met pas en jeu les règles de la théorie des risques qui interviennent après la conclusion du contrat et selon lesquelles la chose périt entre les mains de celui qui en est le propriétaire au moment où la perte se produit (art. 1138 C. civ. – v. *infra* p. 23).

Ce qui vient d'être dit ne fait pas obstacle à la **vente d'une chose future** autorisée expressément par le Code civil (art. 1130, al. 1^{er}) : récolte à venir, chose à fabriquer

ou à construire... autant de ventes dont le principe est parfaitement admis même si c'est à leur propos qu'on a pu rencontrer des difficultés tenant en réalité à l'illicéité du contrat en cause.

C. La licéité de la chose vendue

Deux questions illustrent cette préoccupation : la chose hors du commerce (art. 1128 C. civ.) et l'absence de droit de propriété du vendeur.

1. La vente d'une chose hors du commerce

L'inaliénabilité de la chose peut résulter d'une disposition de la loi ; elle peut être également imposée par la volonté du propriétaire actuel du bien.

a) L'inaliénabilité de par la loi

Objectifs :

- protéger l'État ; sont donc incessibles le **domaine public**, les **droits attachés à la fonction publique** ;
- protéger des valeurs de la société française contre les velléités mercantiles de particuliers ; on invoque volontiers à cet égard l'indisponibilité de la personne humaine pour interdire les **contrats portant sur le corps humain** (tel, pour l'instant encore, la gestation pour autrui) ; de même, sont protégés les tombeaux et les sépultures ; en revanche la clientèle civile, dont la cession a été longtemps interdite au nom de la liberté de choix des patients de leur médecin, est désormais entrée dans le domaine du commerce juridique ;
- protéger les intérêts particuliers, objectif auquel on rattachait la prohibition des **pactes sur succession future**, désormais possibles (L. du 3 décembre 2001 ayant abrogé de ce fait l'art. 1600 C. civ.) mais encadrés (art. 1130, al. 2 C. civ.) ; actuellement, ce sont les **droits d'auteurs** qui sont au cœur de cet objectif (telle la prohibition de duplicata de logiciels).

b) L'inaliénabilité de par la volonté du propriétaire du bien

Elle se manifeste dans le cadre de **clauses d'inaliénabilité** qu'on trouve surtout dans les donations ou les testaments, mais qui peuvent assortir d'autres contrats tels des constitutions d'hypothèque, voire, mais à titre de précaution (elle est redondante en réalité), dans des pactes de préférence.

Frein à l'activité économique (le bien ne peut être ni vendu ni donné en garantie réelle), la validité d'une telle clause est réglementée par l'article **900-1 du Code civil** : elle doit être **temporaire** et justifiée par un **intérêt sérieux et légitime**.

2. La vente de la chose d'autrui

Deux cas de figure peuvent se présenter : le vendeur n'est pas, au moment de la vente, le véritable propriétaire du bien (vente *a non domino*) ; le vendeur n'a pas la pleine propriété du bien (vente d'une chose indivise).

a) La vente *a non domino*

Principe : le sort d'une telle vente est fixé par l'article **1599** du Code civil : « *la vente de la chose d'autrui est nulle ; elle peut donner lieu à des dommages-intérêts, lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui* ».

L'action en **nullité** est **réservée à l'acheteur**. Le **véritable propriétaire** a, pour sa protection, l'**action en revendication** du bien qu'il peut exercer même si par ailleurs

la nullité de la vente n'est pas demandée par l'acheteur. Ce dernier sera alors évincé et devra s'adresser à son vendeur pour être indemnisé des conséquences de son éviction.

Exceptions : trois sortes d'exceptions à ce principe :

- tout d'abord, la **théorie de l'apparence** permet, en cas d'erreur commune et légitime commise par l'acheteur (exemple d'un testament découvert tardivement et remettant en cause le partage des biens fait selon la dévolution légale), de considérer le vendeur comme **propriétaire apparent** de sorte à maintenir la vente (le véritable propriétaire ne dispose alors que d'un recours indemnitaire contre le vendeur qui, s'il est de bonne foi, devra lui reverser au moins le prix de la vente) ;
- ensuite, la **présence d'une condition suspensive** selon laquelle la vente est conclue sous réserve que le vendeur devienne propriétaire du bien afin de pouvoir en transférer la propriété à l'acquéreur fait échapper la vente à la sanction de la nullité ; les juges peuvent même interpréter la volonté des parties à la vente et déduire de circonstances particulières (telle la connaissance par l'acquéreur du défaut de propriété, au moment de leur accord, de son vendeur) l'existence d'une telle condition suspensive implicite ;
- enfin, la Cour de cassation admet que **le vendeur peut régulariser sa situation** (devenir propriétaire du bien) jusqu'au jour de la demande en justice tendant au prononcé de la nullité.

b) La vente d'une chose indivise

Notion : lorsque cette vente ne rentre pas dans l'hypothèse du 3° de l'article 815-3 du Code civil (vente de meubles indivis pour payer les dettes et charges de l'indivision), la vente d'une chose indivise suppose l'**unanimité des coindivisaires** (art. 815, 3° al.). Cette hypothèse ne doit pas être confondue avec la cession des droits indivis, que le titulaire de ces droits peut faire seul sauf à respecter le droit de préemption des autres coindivisaires (art. 815-14).

Conséquences : lorsque la vente de la chose indivise a été conclue sans l'intervention de tous les coindivisaires, la jurisprudence a posé deux conséquences :

- cette **vente est inopposable aux coindivisaires** qui n'ont pas donné leur accord et qui peuvent dénier au tiers acquéreur son droit de propriété et, le cas échéant, demander son expulsion ; dans cette hypothèse, ce dernier devra **provoquer le partage** sur le fondement de l'article **815-17** du Code civil car si le bien est attribué à son vendeur, son droit est conforté définitivement en raison de l'**effet déclaratif du partage** qui implique que le coindivisaire attributaire est réputé avoir été le seul propriétaire du bien *ab initio* (art. 883 C. civ.) ; si, en revanche, ce bien n'est pas mis dans le lot de son vendeur, il a, par le même effet du caractère déclaratif du partage, acquis *a non domino* et on se retrouve alors dans la situation envisagée plus haut (a) ;
- cette vente est **cependant valable inter partes**, ce qui emporte que l'acheteur ne peut demander la nullité car l'article 1599 ne concerne pas cette hypothèse ; mais il peut, lui aussi, provoquer le partage sur le fondement de l'article 815-17 pour ne pas rester dans l'incertitude ; à la suite du partage mettant fin à l'indivision, soit son droit de propriété sera alors confirmé, soit il pourra, mais à ce moment seulement, demander la nullité sur le fondement de l'article 1599.

§ 3 - Le prix

Cet élément est **essentiel pour qualifier** le contrat de vente. Le versement d'un prix, c'est-à-dire en principe d'une **somme d'argent** (mais qui peut être convertie, après sa fixation, en paiement en nature – dation en paiement), en fait un contrat à titre onéreux :

- ce n'est donc pas une donation ;
- ce n'est pas non plus un contrat de société où la contrepartie consiste en des parts sociales ;
- ni un échange (dont le régime est cependant pour l'essentiel celui de la vente, art. 1707 C. civ.), contrat « *par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre* » (art. 1702 C. civ.), encore que si la soulte (versement d'argent pour compenser la différence de valeur entre les deux choses) est supérieure à la valeur du bien donné, le contrat est alors une vente (v. *infra* p. 30).

La vente étant un contrat commutatif et non aléatoire telle la vente en viager (v. *infra* p. 103), il doit être déterminé dès le départ. Il doit être sérieux et ne pas être, mais cela ne vaut que pour certaines ventes, lésionnaire.

A. Un prix déterminé (ou déterminable)

Principe : l'exigence, qui va de soi (l'accord des parties doit porter sur la chose et sur le prix), est posée à l'article **1591 du Code civil** : « *le prix de la vente doit être déterminé et désigné par les parties* ».

Exception : par dérogation à la lettre de ce texte, le prix peut parfois être **fixé par les pouvoirs publics** (ce qui fut le cas pour certaines matières premières, pour des produits de base, avant la libéralisation des prix). Le Code civil lui-même prévoit qu'il « *peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers* » (art. 1592), auquel cas sa décision s'impose aux parties, sauf si celle-ci a été viciée par un vice du consentement (dol – falsification de documents – ou erreur sur la substance – sur la consistance de la chose à expertiser par exemple).

Aménagements : lorsque le contrat est à exécution instantanée, l'exigence ne pose pas de difficulté. Mais pour les ventes dont l'exécution est retardée ou successive, cela est moins évident car les parties peuvent ne pas avoir tous les éléments dès le départ pour fixer ce prix.

- Les parties ont certes la possibilité, pour lutter contre l'érosion monétaire, de stipuler une clause d'**indexation** dont l'indice doit être en relation directe avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties (**art. L. 112-2 C. mon. fin.**). Le non-respect de cette condition emporte la nullité de la stipulation de l'indexation, ce qui prive donc le contrat d'une adaptation à l'inflation, ou à la déflation, monétaire. Si l'indice choisi vient à disparaître, et s'il ne peut être remplacé par un indice équivalent (question laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond), le contrat est alors caduc (nullité sans rétroactivité).

- Les aléas de la vie économique ne sont pas toutefois dus seulement à l'érosion monétaire et peuvent dépendre d'autres facteurs qui rendent délicate toute fixation du prix au moment de la conclusion de la vente. Cette question a été fondamentalement réglée par les arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 1^{er} décembre 1995 : sauf dispositions légales expresses contraires, il suffit, pour que

la vente soit valable, que **le contrat précise les modalités de la fixation ultérieure du prix**, fût-ce par référence au prix « catalogue » du fournisseur (qui engagerait néanmoins sa responsabilité s'il commettait un abus dans cette fixation) ou encore en prenant appui sur le chiffre d'affaires réalisé par l'acquéreur (dans les cessions de fonds de commerce par exemple).

- Mais le contrat doit impérativement prévoir de telles modalités : si aucune clause ne les précise, la nullité est certaine. De même, est inopérante la référence au prix du marché (sauf en cas de cours officiel de la marchandise) : comme les **juges ne peuvent se substituer à la volonté des parties** – ce que rappelle régulièrement la Cour de cassation –, le sort de la vente dépend de la bonne entente des parties et leur désaccord emporte inéluctablement la nullité de leur contrat.

B. Une véritable contrepartie financière

L'absence d'un prix réel emporte la nullité de la vente pour défaut de cause car l'obligation du vendeur n'a pas de contrepartie. De plus, mais dans certaines ventes seulement, le législateur exige que le prix ne soit pas trop bas par rapport à la valeur de la chose vendue : on se trouve alors dans l'exception prévue à l'article 1118 du Code civil (« *la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats...* »).

1. Un prix réel et sérieux

Le prix ne doit pas être simulé ; il ne doit pas être dérisoire.

a) Le prix simulé

Les parties conviennent, dans un acte qui demeure secret (contre-lettre) un prix plus élevé que celui figurant dans l'acte apparent.

Deux raisons peuvent amener les parties à dissimuler le véritable prix de vente et pour chaque hypothèse, la sanction est différente :

- d'**ordre fiscal** pour payer moins de droits d'enregistrement (pratique des « dessous de table ») ; si elle constate que le prix déclaré ne correspond pas à celui pratiqué habituellement pour le type de transactions dont fait partie la vente, l'administration fiscale procède alors à un **redressement** qui oblige l'acheteur à payer non seulement le complément des droits, mais de plus des pénalités ;

- une **libéralité** de la part du vendeur sur tout ou partie du prix ; si l'intention libérale peut être établie et si elle n'est pas motivée par une volonté d'enfreindre une règle d'ordre public, auquel cas la nullité est certaine (par ex., ancien art. 1099, al. 2 C. civ., abrogé par la L. du 26 mai 2004), la vente est **requalifiée** en libéralité.

b) Le vil prix

Lorsque le prix est dérisoire (c'est-à-dire ridiculement bas), on considère qu'il y a en fait **absence de prix** et la nullité de la vente s'impose.

Là encore, si on peut démontrer l'existence d'une intention libérale du vendeur sans qu'il y ait une volonté frauduleuse de sa part, la vente n'est pas annulée mais requalifiée en donation.

De même, cette sanction ne concerne que les **ventes commutatives** : les ventes aléatoires (vente en viager, cession à forfait) ne sont pas visées puisque, justement, la possibilité pour l'acheteur de faire une bonne affaire (et donc de payer un prix plus faible que la valeur du bien acheté) est de l'essence de ces contrats : l'aléa, s'il existe vraiment (v. *infra* p. 104), peut conduire à ce résultat.

Il ne faut pas confondre les ventes à vil prix et les **ventes pour un euro symbolique** dans lesquelles l'acheteur s'engage en fait à reprendre des obligations du vendeur (reprises des garanties consenties à des tiers, sauvegarde de l'emploi...). Après avoir hésité sur la possibilité de telles ventes, la Cour de cassation en admet désormais la **validité** même si la contre-partie n'est pas directement une somme d'argent (quoique, à long terme, l'exécution des obligations assumées se traduise inéluctablement par un déboursement d'argent).

2. Un prix non lésionnaire

Par exception au principe que le prix juste est celui voulu par les parties (le contrat tient lieu de loi) et qu'en conséquence, on ne peut se plaindre d'avoir payé trop cher ou de ne pas avoir vendu assez cher (l'erreur sur la valeur n'est pas une cause de nullité des conventions), il est parfois admis que l'une des parties (vendeur ou acheteur, suivant les cas), dans certains contrats de vente, puisse se plaindre d'une **lésion**. Les ventes « protégées » sous cet angle sont les ventes d'engrais (L. du 8 juillet 1907, art. 1^{er}), la cession de droits d'auteurs (art. L. 135-1 CPI), la cession d'offices ministériels (solution prétorienne) et la **vente d'immeuble pour le vendeur** (art. 1674 et s. C. civ.).

Seule cette dernière sera examinée ici.

a) Les conditions de la lésion

1. La **recevabilité** de l'action.

L'action est réservée au **vendeur** (art. 1683 C. civ.).

Elle n'est admise que dans certaines ventes immobilières : **ventes** véritablement (et non par exemple, échange – art. 1706), à **titre onéreux** (toute intention libérale, même partielle, prive le vendeur de cette action), **amiables** et non par autorité de justice (art. 1684) et **commutatives** (*l'aléa chasse la lésion*, dit-on).

Elle doit être intentée dans le délai de **deux ans** (délai préfix) à compter de la vente. Si elle est subordonnée à des conditions suspensives (v. *supra*, hypothèse des compromis de vente), ce délai commence à compter de la réalisation de la dernière d'entre elles.

Enfin, l'action doit être nécessairement **publiée** à la conservation des hypothèques (Décr. 4 janv. 1955, art. 28, 4^o, c).

Toute renonciation à cette action au moment de la vente est sans effet (art. 1674).

2. La **preuve** de la lésion.

Un premier jugement doit intervenir pour autoriser la poursuite de l'action (art. 1677) : le juge apprécie le caractère vraisemblable de la lésion invoquée et vérifie les conditions de recevabilité. Un collège de **trois experts** est alors nommé (art. 1678) pour déterminer la valeur du bien au jour de la vente compte tenu de son état à cette date.

La seconde phase est celle du jugement au fond : au vu des éléments relevés dans le rapport d'expertise et de tous ceux qui pourraient être établis et qui influent sur la valeur d'un bien (bail en cours, perspectives d'urbanisation...), le juge va apprécier si le vendeur a bien été lésé des 7/12^e de la valeur réelle de son bien.

b) La **purge de la lésion**

C'est une rescision, à moins que l'acheteur n'opte pour le rachat de la lésion.

1. La **rescision**.

C'est une **nullité** à effet rétroactif qui emporte la **restitution de l'immeuble, avec les fruits** qu'il a pu produire depuis le jour de la demande, contre le **remboursement du prix avec les intérêts** (au taux légal) à compter du même jour (art. 1682, al. 2 et 3).

Le jugement prononçant la rescision est publié à la publicité foncière et est **opposable à tous**, y compris au sous-acquéreur de l'immeuble (averti en principe par la publication de la demande en justice).

2. Le rachat de la lésion.

L'acheteur doit payer alors le **supplément du juste prix** (art. 1681), qui est calculé suivant la fraction du prix payé au jour de la vente par rapport à ce que valait réellement le bien, fraction reportée sur la valeur actuelle du bien (tenant compte de l'état du bien au jour de la vente) : l'acheteur paiera la différence, déduction faite du dixième du prix total (prix payé au jour de la vente et complément de prix versé au titre du rachat).

Exemple chiffré :

- soit la vente d'un immeuble pour le prix de 100 000 € alors qu'il en valait 300 000 (lésion de plus de $7/12^e$) ;
- l'acheteur a donc versé une somme représentant le tiers du prix réel du bien et il n'a donc pas payé les $2/3$ de sa valeur réelle au jour de la vente ;
- la valeur du bien au jour du rachat de la lésion est évaluée à la somme de 420 000 € ;
- l'acheteur devra verser les $2/3$ de cette valeur (280 000), desquels il faut déduire le dixième du prix total (100 000 + 280 000), soit à payer la somme de 242 000 € (280 000 – 38 000).

L'article 1682 précise en outre que ce **supplément porte intérêt** (au taux légal, bien sûr) du jour de la demande en justice.

La Cour de cassation impose aux juges du fond de tenir compte de ce que la valeur du bien a évolué entre ce jour et celui du paiement effectif mais leur laisse libre choix de la méthode pour y arriver.

Le plus expédient est de faire une moyenne entre ce qui aurait dû être versé initialement en complément du prix et ce qui a été calculé au titre du supplément du prix. Dans notre exemple, le complément initial aurait été de 180 000 (200 000 – 20 000 – $1/10$) alors que celui calculé au jour du rachat est de 242 000 € : l'intérêt portera donc sur la somme de 211 000 €, soit $(180\,000 + 242\,000)/2$.

Section 2 > LES EFFETS DE LA VENTE

L'effet le plus immédiat est sans aucun doute le transfert de la propriété de la chose vendue : la vente est un contrat translatif. Il faut s'y arrêter avant de préciser les obligations qui sont à la charge du vendeur et celles qui pèsent sur l'acquéreur.

§ 1 - Le transfert de propriété

Cet effet de la vente illustre l'obligation de donner, l'une des trois obligations fondamentales, avec celles de faire et de ne pas faire. La particularité des obligations de

donner est qu'elles se réalisent sans qu'il y ait besoin d'intervention particulière de la partie qui en est la débitrice : le transfert de propriété se produit dès l'échange des consentements du vendeur et de l'acquéreur, sauf aménagements conventionnels. De ce fait, la règle concernant le transfert des risques, qui repose sur la propriété de la chose, doit être, elle aussi, parfois aménagée.

A. Le principe du transfert de propriété *solo consensu*

« *L'obligation de livrer – comprendre « transférer » la propriété – la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes* » (art. 1138 ; adde art. 1683 C. civ.).

Dans les rapports entre les parties, le **transfert de propriété *solo consensu*** (par le seul échange des consentements) ne soulève pas de difficultés particulières : il va de soi que si la vente porte sur une chose de genre, il n'a lieu qu'après son individualisation (v. *supra* p. 15).

Toutefois, cela ne suffit pas pour rendre le transfert du **droit réel opposable à tous**.

Pour les **immeubles**, le titre doit être **publié à la Conservation des hypothèques** et cette publicité règle les conflits entre deux acquéreurs successifs de la même chose : le premier qui publie l'emporte sur le second alors même qu'il aurait acquis en seconde position et donc *a non domino* (le vendeur n'étant plus, civilement, propriétaire du bien). Les meubles immatriculés ont un régime similaire (en raison de la publicité à laquelle ils sont, eux aussi, soumis).

Pour les autres meubles, c'est la mise en possession qui rend opposable le transfert de propriété *erga omnes* : par remise de la chose elle-même lorsqu'elle est corporelle, par signification du transfert pour les choses incorporelles.

B. Les aménagements conventionnels portant sur le transfert de propriété

Les parties peuvent différer le moment de ce transfert. Ainsi, dans les compromis de ventes immobilières, qui sont des ventes sous seing privé, est insérée une clause retardant le transfert de propriété au jour de la signature de l'acte authentique.

De façon plus formelle, la vente peut être assortie d'une clause de réserve de propriété qui est très fréquente en matière de vente de marchandises entre professionnels. D'un usage moins généralisé, la vente en réméré, prévue par le Code civil, est aussi une modalité portant sur le transfert de propriété de la chose vendue.

1. Les clauses de réserve de propriété

Ces clauses, que l'on rencontre dans les ventes où le paiement est différé, subordonnent le **transfert de propriété au complet paiement du prix**.

- L'effet **suspensif** d'une telle clause est reconnu, mais on hésite sur sa portée quant à la conclusion de la vente : si la clause est un terme – ce qui est probable –, le contrat est formé, seul le transfert de propriété est retardé (art. 1185 C. civ.) ; si c'est une condition – ce qui est douteux –, c'est la formation elle-même de la vente qui est retardée. Les parties peuvent de toute façon conventionnellement préciser ce point.

- Les ventes avec réserve de propriété ont pour effet en tout cas de permettre à l'acheteur de **détenir immédiatement la chose**, ce qui peut lui permettre de la revendre avant même d'en être propriétaire.
- Le tiers acquéreur de bonne foi est protégé, s'il s'agit d'un meuble corporel (marchandises par ex.), par les dispositions de l'article **2276** du Code civil et le vendeur initial non payé ne pourra pas la revendiquer.
- S'il s'agit de meubles incorporels, seule une information (par signification par exploit d'huissier s'il s'agit de créances – art. 1690) de ce tiers assurera sa protection. Pour les immeubles, les règles de la publicité foncière privilégient celui qui a publié son titre le premier (v. *supra* p. 22).

2. Le r  m  r  

Prévu aux articles **1659 et s. du Code civil**, c'est une faculté de rachat offerte au vendeur, qui ne peut excéder un délai de 5 ans, et qui, moyennant le remboursement du prix et des frais de la vente, lui donne la possibilité de recouvrer la propriété de la chose vendue : c'est donc une **vente sous condition résolutoire**.

On le rencontre en matière boursière surtout mais on peut aussi le stipuler pour d'autres biens, y compris des immeubles. La clause de r  m  r   est opposable aux tiers si elle a fait l'objet soit d'une publicité foncière (vente immobilière), soit si elle a été portée à leur connaissance (vente mobilière).

C. Transfert de propriété et transfert des risques

La règle est posée à l'article **1138 du Code civil** : les risques pèsent sur le propriétaire de la chose (*res perit domino*), quel que soit le détenteur de celle-ci.

Ce principe connaît cependant des aménagements :

- si l'acheteur, non encore livré, a mis en demeure le vendeur de livrer la chose, les risques pèsent sur ce dernier jusqu'à la livraison (art. 1138, al. 2) ;
- si le transfert de propriété est retardé, alors que la vente est conclue (ex. des « compromis » dans les ventes immobilières, v. *supra* p. 11), les risques sont par là même retardés ;
- si les parties en ont décidé autrement pour faire correspondre détention de la chose et risques ; ainsi en est-il dans les ventes avec réserve de propriété dans lesquelles les parties lient en général les risques à la livraison de la chose (la charge des risques pèse en conséquence sur le détenteur de la chose).

   2 - Les obligations du vendeur

L'article 1603 du Code civil prévoit deux obligations principales :

- celle de délivrer (au sens d'effectuer la livraison) la chose ;
- celle de garantir la chose.

En réalité, les obligations du vendeur sont plus nombreuses : outre que l'obligation de garantie est composée de trois pôles distincts, la jurisprudence a développé deux obligations non prévues initialement, l'obligation d'information et l'obligation de sécurité, qui sont tout aussi essentielles que les précédentes. De même, en fait-elle profiter d'autres personnes que le cocontractant direct du vendeur, créant ainsi une entorse remarquable au principe de l'effet relatif du contrat (art. 1165 C. civ.).

A. Contenu

1. L'obligation de délivrance

Elle s'apprécie **par rapport aux stipulations du contrat** : la chose doit être celle qui a été prévue avec les caractéristiques stipulées, qualité et quantité comprises.

L'exécution de cette obligation se fait par le « *transport en la puissance et la possession de l'acheteur* » (art. 1604) mais, en fait, le vendeur doit seulement mettre la chose **à la disposition de l'acheteur** (il n'a pas à assurer la livraison au domicile de celui-ci).

Précisément, lorsque la chose est un corps certain, la délivrance se fait au lieu où elle se trouve (art. 1609 ; comp. art. 1247, al. 1^{er}), si c'est une chose de genre, au domicile du vendeur en vertu du principe général de la quérabilité des obligations (art. 1247, al. 3). La délivrance concerne la chose elle-même et ses accessoires (fruits, documents administratifs...).

Si les parties n'ont rien dit, la délivrance doit être effectuée dans un **délai raisonnable** (en matière commerciale, selon les usages).

L'acheteur est tenu d'**examiner** la chose au moment où il la reçoit pour **dénoncer** les éventuels **vices apparents**.

Les **manquements** à cette obligation sont sanctionnés :

- par une action en **exécution forcée** en cas d'absence de livraison de la chose et si celle-ci est possible ;
- par une action en **résolution de la vente** sinon, ou en présence de vices apparents importants car la résolution, sauf clause résolutoire expresse, relève de l'appréciation des juges (art. 1184 C. civ.) ;
- par une demande de **dommages-intérêts** (en combinaison avec une autre action ou à titre principal) ;
- en matière commerciale et, parfois, mais de façon plus rare, en matière civile, le juge a la possibilité de procéder à une réfaction (diminution) du prix.

2. L'obligation d'information et de conseil

L'**obligation d'information** porte sur les **qualités objectives** de la chose et sur les conditions de son utilisation. Le **devoir de conseil** concerne, quant à lui, l'**aptitude de la chose à répondre aux attentes** de l'acheteur. Leur violation peut être alléguée dès le stade des négociations mais elles sont, le plus souvent, insérées dans les obligations contractuelles du vendeur.

Bien qu'elles soient l'une et l'autre foncièrement des obligations de moyens dans cette hypothèse, la qualité de **vendeur professionnel** les transforme en **obligations de résultat** en raison du caractère inexcusable de son ignorance s'il n'a pu délivrer l'information nécessaire.

Longtemps source importante de responsabilité autonome créée par la jurisprudence, le développement de l'obligation de sécurité (v. *infra* p. 26), qui englobe pour partie son domaine d'application, a relégué l'obligation d'information à une place plus secondaire.

3. L'obligation de garantie

Elle se subdivise en deux : la garantie d'éviction et la garantie des vices cachés.

a) La garantie d'éviction

Le vendeur garantit son acheteur contre l'éviction dans son droit de propriété. Cette garantie n'a pas la même force selon qu'elle a trait au propre fait du vendeur ou qu'elle concerne le fait d'un tiers.

1. La garantie du fait personnel.

« *Qui doit garantie ne peut évincer* », ce qui emporte l'impossibilité pour le vendeur de revendiquer contre son acheteur l'usucapion du bien immobilier qu'il lui a vendu ou encore pour le cédant d'un fonds de commerce de faire concurrence à son cessionnaire.

Toute **clause de non garantie** de son fait personnel est **nulle** (art. 1628 C. civ.).

2. La garantie du fait d'un tiers.

Cette garantie ne vaut que :

- pour les **tiers véritables**, ceux dont le vendeur ne doit pas répondre ;
- pour les **troubles** dont l'origine remonte **avant la vente** ;
- pour les **troubles de droit** (existence d'une servitude, d'une usucapion d'un tiers en cours, d'un bail...) et non de fait ;
- et si **aucune clause de non garantie** dans le contrat n'en a déchargé le vendeur ; cette clause est licite dans les mêmes conditions que celles de droit commun (pas de dol ou de faute lourde ; elle est réputée non écrite si elle est invoquée par un professionnel contre un consommateur ou un non professionnel).

b) La garantie des vices cachés

Elle est régie par les articles **1641 et s.** du Code civil qui en précisent les conditions et les conséquences.

Conditions : la garantie concerne :

- un **vice qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine** ou qui diminue tellement cet usage que l'acheteur, s'il avait connu le vice, ne l'aurait pas acquise ou l'aurait fait à un moindre prix ; c'est par rapport à un usage normal qu'il faut apprécier ce critère, sauf spécification particulière de l'acheteur ; l'usage, l'utilisation anormale de la chose **ne sont pas les vices objet de cette garantie** ;
- **un vice caché**, c'est-à-dire non décelable par l'acheteur au moment de la réception de la chose (v. *supra* p. 24) ; la compétence de l'acheteur (consommateur, professionnel) intervient pour déterminer si le vice aurait dû être décelé par lui au moment de son examen ; en présence d'un acheteur professionnel de même spécialité que le vendeur, celui-ci ne sera tenu de garantir que le vice indécélable (qui suppose la destruction de la chose pour le découvrir) ;
- un **vice antérieur à la vente**, précisément au transfert de propriété de la chose, même s'il n'est révélé qu'après ;
- elle ne s'applique pas aux ventes faites par autorité de justice (art. 1649).

Mise en œuvre : elle suppose de l'acheteur des preuves et une prompte réactivité pour pouvoir faire valoir ses droits :

- la **preuve** de l'existence du vice, de son caractère caché et de son antériorité du vice **incombe à l'acheteur**, ce qui est parfois difficile en cas de destruction de la chose ; la notion prétorienne de **vice virtuel** (le dommage ne peut s'expliquer que par la présence d'un vice), lorsqu'il est retenu, allège le fardeau qui pèse sur lui ; les garanties conventionnelles qui peuvent être proposées à l'acheteur et qui **ne peuvent**

exclure la garantie légale, ont pour effet essentiel de dispenser l'acheteur, durant le délai précisé, de rapporter cette preuve (garantie de bon fonctionnement) ; une fois l'obstacle de la preuve surmonté, l'acquéreur bénéficie d'une situation confortable, le vendeur ne pouvant s'exonérer en rapportant la preuve de son absence de faute (obligation de résultat) ;

- l'acheteur doit **agir dans un délai de deux ans** à compter de la découverte du vice (art. 1648) ; si une expertise judiciaire est ordonnée, ce délai court, selon la jurisprudence, du jour du dépôt du rapport de l'expert ; si la garantie est mise en œuvre dans le cadre d'une action récursoire (le vendeur, mis en cause par son acheteur, appelle en garantie son propre vendeur), le point de départ de ce délai date du jour de sa mise en cause ;

- elle permet à l'acheteur d'obtenir, à son choix, **soit la résolution de la vente** (action rédhibitoire), **soit une diminution du prix** (action estimatoire ou dite encore action *quantum minoris*), nonobstant les actions de droit commun, à savoir une action en exécution forcée si le vice peut être réparé, des **dommages-intérêts** qui ne sont dus que si le vendeur est de mauvaise foi (art. 1645), ce qui est le cas dès lors que c'est un professionnel ; conventionnellement, le vendeur peut assurer le remplacement de la chose défectueuse par une chose neuve ;

- elle peut être écartée par une **clause de non garantie** – « vente en l'état » (clauses de style dans beaucoup de contrats, y compris dans les ventes immobilières de biens non neufs ou encore pour la vente de véhicules automobiles d'occasion) – qui n'est valable **que si le vendeur n'est pas un professionnel**, à moins que l'acheteur soit de même spécialité, auquel cas la clause de non garantie produira effet face à un vice indécélable (v. *supra*).

4. L'obligation de sécurité des produits

Longtemps masquée, faute de texte spécifique, derrière une garantie des vices cachés, voire d'une obligation d'information, elle connaît désormais, grâce à la transposition d'une directive communautaire, un régime précisé aux **articles 1386-1 à 1386-18** du Code civil. Elle présente plusieurs particularités :

- elle transcende la distinction du contractuel et du délictuel car son **régime est identique que la victime soit l'acheteur du produit ou un tiers** (art. 1386-1) ;

- elle est **due par le producteur**, de tout ou partie du produit, par celui qui appose sa marque sur le produit, par celui qui l'importe sur le territoire de la Communauté européenne (art. 1386-6) ;

- elle vise le défaut du produit, c'est-à-dire lorsque le produit « **n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre** » et garantit les dommages provoqués à la personne et aux biens autres que le produit lui-même (art. 1386-2 et 1386-4) ; le produit est **tout meuble**, même incorporé dans un immeuble (art. 1386-3) et même si un élément du corps humain, tel le **sang** (v. art. 1386-12) ;

- elle doit être exercée dans un **double délai**, d'action de **trois ans** à compter de la connaissance du défaut, et d'épreuve de **10 ans** après sa première (art. 1386-5) mise en circulation (art. 1386-16 et 1386-17) ;

- la victime doit apporter la **preuve du défaut, du dommage et du lien de causalité** entre les deux (art. 1386-9), moyennant quoi la responsabilité du producteur est automatique ; l'article **1386-11 énumère les cas d'exonération** possibles du producteur (ni l'absence de faute – v. par ex., art. 1386-10 –, ni le fait d'un tiers ne le sont),

dont font partie les « risques du développement » (impossibilité de connaître les risques du produit au moment de sa mise en circulation au vu de l'état des connaissances scientifiques et techniques) sauf pour ce qui concerne les éléments du corps humain et leurs dérivés (art. 1386-12) ;

– les **clauses élusives ou limitatives de responsabilité sont réputées non écrites**, sauf entre professionnels et uniquement, en ce cas, pour les dommages causés aux biens servant à une activité professionnelle (art. 1385-15).

B. Mise en œuvre des garanties

Qui est bénéficiaire des garanties dues par le vendeur ? Comment gérer le cumul possible d'actions ?

1. Les destinataires des garanties dues par le vendeur

- Pour l'**obligation de sécurité** des produits vendus, le législateur n'a pas limité les personnes pouvant s'en prévaloir : c'est **toute victime**, quel que soit son rapport avec le producteur.

- Pour les autres garanties, leur nature contractuelle les cantonnerait en principe aux relations vendeur/acquéreur, mais la jurisprudence en a décidé autrement.

- Spécificité du droit français, la construction prétorienne et un peu chaotique de la transmission des droits et actions attachés à la chose (**transmission propter rem**) aux acquéreurs successifs de la chose concerne avant tout les obligations que nous venons de voir, excepté, sans doute, celle d'information et de conseil.

- L'intérêt est, pour l'acquéreur malchanceux, qui ne peut obtenir réparation de la part de son vendeur parce qu'il est insolvable (ouverture d'une procédure collective par ex.) ou parce qu'il a disparu, de pouvoir remonter la chaîne des contrats de vente et s'adresser ainsi au vendeur de son vendeur, voire, hypothèse la plus fréquente, directement au fabricant de la chose.

- Admettre qu'ils disposent d'une **action directe** contre ce dernier leur offre la possibilité, plutôt que de se placer sur le terrain délictuel pour engager la responsabilité de celui qui n'est pas leur vendeur direct (et devoir ainsi prouver leur faute), de bénéficier des obligations de résultat (donc, pas de faute à prouver) que constituent ces garanties.

- Le revers de cet avantage tient dans le fondement de l'action directe. Les garanties qu'elle met en cause sont **celles prévues dans le contrat de vente originaire** qui les a fait naître et, de ce fait, toutes les conditions auxquelles leur exercice était subordonné sont opposables au sous-acquéreur : clauses limitatives de responsabilité (si le rapport initial concernait deux professionnels de même spécialité), clauses attributives de juridiction (choix du tribunal compétent) ou clause compromissoire (clause d'arbitrage)...

Le **devenir de cette solution jurisprudentielle est incertain**, la Cour de Justice des Communautés européennes ayant pour sa part, refusé de l'admettre (le lien contractuel ne concerne, selon elle, que les parties directes au contrat) : l'interdépendance de plus en plus vérifiée des solutions communautaires et des solutions nationales risque fort de lui faire subir un sort fatal.

2. Le concours d'actions

Une chose impropre à l'usage attendu est une chose dont l'acheteur ne voulait pas : il s'est donc trompé sur elle ; il n'a pas eu ce qu'il voulait en concluant la vente. L'acheteur pourrait ainsi utiliser les différentes faces du défaut de la chose pour échapper aux conséquences impitoyables de la courte prescription s'il agissait sur le terrain des vices cachés : délai de 5 ans pour les différentes actions possibles (art. 2219 C. civ.) au lieu du délai de deux ans prévu pour la garantie des vices cachés (art. 1648 C. civ.).

Après avoir accepté que l'acheteur puisse invoquer le fondement qui l'arrangeait, la Cour de cassation est revenue à une **position plus stricte** : si le défaut entre dans les prévisions de l'article 1641 (vice caché), l'acheteur ne pourra pas se placer sur le terrain d'une erreur sur la substance ou d'un défaut de conformité. En revanche, en présence d'un dol du vendeur, la Cour de cassation admet encore le concours d'action.

Mais surtout, il y a un **concours d'actions « officialisé »** (mais, en pratique, de moindre portée car les délais d'action sont identiques) : celui de l'**article 1386-18** qui réserve expressément, entre autres, les actions issues du droit de la responsabilité contractuelle. Le défaut de sécurité de la chose étant aussi le plus souvent un vice caché de celle-ci, le concours d'actions entre celle pour défaut de sécurité et celle pour vices cachés est donc maintenu.

§ 2 - Les obligations de l'acheteur

Elles sont au nombre deux : une « principale » selon le Code civil (**art. 1650**), celle de payer le prix, une qui n'est pas à négliger, celle de prendre livraison de la chose (**art. 1657**).

A. L'obligation de payer le prix

Elle porte en fait non seulement sur le prix stipulé mais **aussi sur les frais** (dont les taxes ou les droits d'enregistrement) **et accessoires** de la vente (**art. 1593**).

1. Contenu

- Ce sont avant tout **les parties qui décident** du moment et du lieu du paiement mais, à défaut, il se fait au lieu et au temps de la livraison de la chose (**art. 1651**). Ce lieu est, sauf stipulation contraire, là où se trouve le vendeur (lieu où s'effectue la délivrance de la chose, **art. 1651**), mais dans les ventes immobilières, l'usage veut que le prix soit remis au notaire chargé de la rédaction de l'acte authentique qui, lui-même le remet au vendeur. Si le paiement est à terme (différé) et si, bien sûr, les parties n'ont rien prévu, le paiement se fait au lieu où se trouve l'acheteur selon le principe de la quérabilité (**art. 1247, al. 3**).

- Le paiement étant un acte juridique, la **preuve**, qui incombe à l'acheteur (**art. 1315**), se fait par écrit – quittance – suivant les prescriptions des **articles 1341 et s.** du Code civil.

- L'**exception d'inexécution** peut être invoquée toutefois par l'acheteur si le vendeur commet un **manquement grave** (v., pour les ventes immobilières, art. 1653).

2. Sanctions

En dehors de tous les mécanismes de droit commun qui sont à sa disposition et de la protection que peuvent lui valoir certaines stipulations du contrat (clause de réserve de propriété, clause résolutoire pour défaut de paiement du prix), le vendeur bénéficie de quelques garanties spécifiques pour obtenir le paiement du prix.

- Tout d'abord, l'article 1612 lui permet de **refuser la livraison** de la chose tant qu'il n'a pas été payé (ou encaissé le chèque si le paiement a été fait par ce biais).
- L'article 2332, 4°, lui reconnaît un **droit de revendication** de la chose entre les mains de l'acheteur dans les huit jours de la vente.
- Il dispose également d'un **privilège spécial**, mobilier (art. 2332, 4°) ou immobilier (art. 2374, 1°), suivant la nature de la chose vendue.
- En cas d'ouverture d'une procédure collective, le vendeur de meuble impayé n'est protégé que s'il est resté en possession de la chose car il peut alors exercer son droit de rétention ; les autres garanties tombent – art. L. 624-11 C. com. – sauf les exceptions prévues aux articles L. 624-12 et s. du même Code ; il peut ainsi la revendiquer si elle est en cours de transport (« stoppage en transit », art. L. 624-13).
- En revanche, dans une telle hypothèse, le vendeur d'immeuble, qui a inscrit son privilège avant l'ouverture de la procédure, bénéficie du régime réservé, par la loi, aux créanciers inscrits et conserve son privilège.

B. L'obligation de prendre livraison de la chose

- Dans les **ventes immobilières**, la délivrance de la chose se fait par la **remise des clefs**.
- Dans les **ventes mobilières**, l'acheteur a une « **obligation de retirement** » (art. 1657) qui est concomitante à la délivrance de la chose par le vendeur : elle s'effectue donc aux mêmes moment et lieu. L'acheteur doit supporter les frais de ce retirement (ainsi, les frais de livraison sont-ils en principe à la charge de l'acheteur). C'est à l'occasion de ce retirement que l'acheteur doit **procéder à l'examen de la chose** vendue pour en dénoncer les vices apparents, voire le défaut de conformité par rapport aux stipulations du contrat (v. *supra*).

Le défaut de retirement peut entraîner un préjudice pour le vendeur (conservation et stockage de la marchandise par ex.) qui peut mettre **en demeure sous astreinte** l'acheteur de procéder à ce retirement, voire de **demandeur la résolution de la vente**, celle-ci étant de plein droit pour les ventes de denrées et d'effets mobiliers et lorsqu'un délai a été stipulé (art. 1657).

Ces actions ne privent le vendeur de demander en outre des **dommages-intérêts**.

Chapitre 2 > L'ÉCHANGE

Ancêtre de la vente (le troc a permis la circulation des biens tant que la monnaie n'existait pas), il a survécu à celle-ci (il est même très actuel dans les opérations bancaires, telles les *swaps*, dans le commerce international – contrats de compensation ou de contre-achats...) et le Code napoléon en a fait un contrat distinct (art. 1702), ce qui peut poser des difficultés de **qualification par rapport à la dation en paiement**.

Il faut se référer à la volonté initiale des parties. Si la contrepartie en nature est prévue dès le départ, c'est un échange. Si le vendeur accepte à la place du prix convenu une chose, c'est une dation en paiement.

Toutefois, en cas de déséquilibre de valeur entre les deux biens échangés conduisant au paiement d'une **soulte** (dont le paiement est soumis au régime du paiement du prix en matière de vente), l'importance de celle-ci peut justifier une requalification en contrat de **vente** lorsqu'elle est *sensiblement* (selon la jurisprudence) **supérieure à la valeur** du bien reçu. Pour l'administration fiscale, c'est toujours une double vente, ce qui l'autorise à percevoir des droits pour deux mutations.

Tout en le soumettant pour l'essentiel au régime de la vente (art. 1707), dont le principe du consensualisme (art. 1703) l'échange s'en démarque pour quelques règles :

- le coéchangiste (« copermutant », art. 1704) qui offre en échange un bien immobilier ne pourra pas invoquer la rescision pour lésion de l'article 1674 ;
- les droits de préemption qu'il faut purger en cas de vente n'ont pas lieu de l'être en cas d'échange (le préempteur est dans l'incapacité d'offrir la contrepartie en nature prévue) ;
- de façon plus générale, et fort logiquement, tout ce qui a trait au paiement du prix, modalités et garanties, se trouve exclu, hors ce qui concerne le paiement de la soulte.



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- > La distinction entre l'indemnité d'immobilisation, l'acompte, le dédit et la clause pénale
- > La force obligatoire d'un pacte de préférence
- > Le rachat de la lésion (ventes immobilières)
- > La vente d'un bien indivis
- > La vente à un euro symbolique

Dissertations :

- > La promesse de vente vaut-elle vente ?
- > Promesse unilatérale et pacte de préférence
- > Le prix dans la vente
- > Garantie des vices cachés et obligation de sécurité du fait des produits du vendeur



Titre 2

LES CONTRATS EMPORTANT LE TRANSFERT DE LA JOUISSANCE DE LA CHOSE

Le transfert de jouissance de la chose se démarque du transfert de sa propriété par son caractère temporaire nécessairement. Contrairement au transfert de la propriété de la chose, on n'en transfère pas la jouissance à titre définitif.

Il y a, il est vrai, de possibles combinaisons qui allient la mise à disposition et le transfert de la chose : le crédit-bail en offre un exemple parfait où dans un premier temps le propriétaire, le crédit-bailleur, ne fait qu'en concéder la jouissance mais dans un second temps, et en application d'un engagement pris dès le départ (par le biais d'une promesse unilatérale de vente), il en transfère la propriété au crédit preneur. Toutefois, en réalité, derrière ce montage se dissimule un objectif final d'acquisition différée d'un bien et le crédit-bail apporte une solution possible pour résoudre le problème de son financement. C'est une variété sophistiquée de fourniture de fonds : le crédit-bailleur est d'ailleurs un établissement de crédit. Ce type d'opération est réservée à l'activité professionnelle : elle n'est pas envisagée dans le Code civil, ni dans ses lois annexes. Elle ne sera donc pas étudiée dans le présent ouvrage.

En s'en tenant à une vision plus civiliste des contrats assurant la jouissance de la chose, on en retiendra deux pour la présente étude : le contrat de bail et le contrat de prêt.

Chapitre 1 › LE BAIL

› L'essentiel

Le bail fait l'objet de statuts spéciaux très complets en matière commerciale (art. L. 145-1 C. com.) et en matière de baux ruraux (art. L. 411-1 C. rur.).

*En droit civil, le Code consacre ses développements au **droit commun du bail** (applicable en l'absence ou en cas de silence d'une réglementation spécifique) tandis que le régime du **bail d'habitation**, l'autre contrat de louage de choses d'importance, fait l'objet de lois spécifiques.*

Section 1 › LE DROIT COMMUN DU BAIL

Le bail est l'un des deux contrats de louage prévus à l'article 1708 du Code civil, le louage de choses, dont l'article 1709 précise qu'il est « *un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ».

Le bail se distingue :

- **de l'usufruit** car le locataire – ou preneur – n'a pas de droit réel sur la chose mais une créance contre le bailleur ;
- **du dépôt** car le locataire a la jouissance de la chose contrairement au dépositaire (la mise à disposition d'un coffre-fort par la banque est un louage de choses) ;
- **du contrat d'hôtellerie** qui suppose des services annexes à la mise à disposition d'une chambre (mais la location d'un appartement meublé est un bail, tout comme l'est la mise à disposition d'une place de stationnement dans un parking dès lors que le propriétaire a exclu toute obligation de garde quant aux véhicules qui y sont garés).

Plan : l'étude du droit commun du bail passe par la formation du contrat, puis ses effets et enfin, son extinction.

§ 1 - La formation du contrat de bail

C'est un contrat consensuel en droit commun (non dans les statuts spéciaux où l'écrit est exigé) et ses conditions de validité sont celles posées à l'article 1108 : un consentement véritable et non vicié ; une cause réelle et licite ; un objet déterminé.

Le bail appelle des précisions particulières sur quelques questions de fond et de preuve.

A. Conditions de fond

1. Conditions quant aux parties

Considéré comme un acte d'administration (sauf les baux commerciaux et ruraux assimilés, en raison des droits qu'ils confèrent aux preneurs, à des actes de disposition), il ne nécessite pas en principe une capacité particulière. Mais il y a quelques règles particulières correspondant à cinq cas de figure.

a) Bail conclu par un usufruitier

Titulaire de l'**usus**, il a le pouvoir de **conclure seul un bail** s'il n'est pas commercial ou rural (il faut alors le concours du nu-propriétaire). Toutefois, **l'article 595** du Code civil restreint cette liberté pour les baux de plus de 9 ans qui ne sont opposables au nu-propriétaire que pour une durée qui **ne saurait excéder 9 ans**.

b) Bail conclu par un époux

Si le bail porte sur le **logement familial**, il faut le **concours des deux époux**, quel que soit leur régime matrimonial (art. 215 C. civ.). Dans les autres cas, si le bien est personnel (régime de séparation de biens) ou propre (régime de communauté), l'époux qui en est le propriétaire peut le louer seul (même s'il sert de résidence secondaire pour la famille).

Si c'est un **bien commun**, l'article 1425 renvoie aux règles applicables aux **baux conclus par l'usufruitier** (v. art. 595).

Si c'est un **bien indivis** (bien acquis par les deux époux séparés de biens), **les époux doivent consentir ensemble** le bail (car la règle des deux tiers pour la gestion – art. 815-3 – est inapplicable *de facto* lorsqu'il n'y a que deux coindivisaires).

c) Bail de la chose indivise

La règle de la **majorité des deux tiers** de l'article 815-3 pour conclure un bail (acte d'administration), autre que le bail commercial ou rural, peut trouver ici à s'appliquer si l'indivision concerne au moins trois indivisaires. La **sanction** de la méconnaissance de cette règle de majorité qualifiée est l'**inopposabilité du bail aux coindivisaires qui n'y ont pas consenti** (ils peuvent agir en expulsion du locataire), mais **le bail est valable inter partes** (aucune d'elle ne peut se prévaloir du défaut de propriété du bailleur pour échapper à ses obligations).

d) Bail de la chose d'autrui (bailleur non propriétaire du bien)

Les solutions sont similaires : **le bail est valable entre les parties mais inopposable au véritable propriétaire qui peut agir en revendication** (sauf pour le locataire à pouvoir invoquer à son profit la théorie de l'apparence).

e) Bail d'un bien d'un incapable

Si l'incapacité résulte du seul fait de l'âge, chacun des parents est réputé à l'égard des tiers avoir le pouvoir de conclure seul un bail sur les biens de son enfant (art. 389-4). Si l'incapacité a une autre cause et conduit à l'ouverture d'une **tutelle**, selon l'article 504, « **le tuteur accomplit seul... les actes d'administration nécessaires à la gestion du patrimoine de la personne protégée** », sauf disposition contraire dans le jugement d'ouverture de la tutelle (art. 473, al. 2), mais de tels baux ne « **confèrent au preneur, à l'encontre de la personne protégée devenue capable, aucun droit au renouvellement et aucun droit à se maintenir dans les lieux à l'expiration du bail** ».

2. Conditions quant à la durée

Si aucune durée n'y est précisée, le bail est à **durée indéterminée** et peut donc être **résilié** (par un congé) **à tout moment** sous réserve du respect d'un délai de préavis : celui qui a été stipulé ; à défaut, il faut observer « **les délais fixés par l'usage des lieux** » (art. 1736).

Mais elle est par principe, et avant tout, en droit commun, celle stipulée au bail, à condition que la durée stipulée ne puisse pas être assimilée à une durée perpétuelle, ce qui est le cas déjà si le terme dépend de la volonté d'une seule des parties.

En outre, **le bail ne peut pas, sous peine de nullité, excéder 99 ans**. Pour les personnes physiques, il peut être stipulé pour la vie de l'une des parties, voire de celle-ci et de ses enfants (au-delà, il tomberait sous le coup de la prohibition des pactes perpétuels).

3. Conditions quant au prix (loyer)

Celui-ci doit, à peine de nullité en principe (la possibilité pour le juge de se substituer aux parties reste ambiguë en jurisprudence), être fixé dans le bail et être **déterminé ou déterminable**. À défaut de stipulation d'un loyer, le contrat peut toutefois être requalifié en commodat par exemple (prêt à usage à titre gratuit, v. *infra* p. 45).

Contrairement aux contrôles (*a priori*, par encadrement et plafonnement des loyers, ou *a posteriori* sous l'égide d'un juge) qui existent dans les statuts spéciaux, le principe de la **liberté pour sa fixation** est de rigueur en droit commun. Il peut faire l'objet d'une **indexation** qui devra répondre aux exigences des articles L. 112-1 et L. 112-2 du Code monétaire et financier (notamment relation avec l'activité de l'une des parties ou l'objet du contrat, outre l'interdiction de retenir l'indice « loyers et charges »).

B. Conditions de preuve

Elles ne se posent que pour le **bail verbal**.

Le Code civil distingue deux questions :

- la **preuve du bail** diffère suivant qu'il n'y a **pas eu un commencement d'exécution, auquel cas la preuve ne peut pas être rapportée par témoins**, quel que soit le montant du loyer, mais uniquement par serment (art. 1715), ou qu'**il y en a eu un, la preuve devient alors libre** (par témoins ou par présomptions) ;
- la preuve du **montant du loyer**, s'il y a contestation et si l'exécution du bail a commencé, peut être rapportée **sur serment conféré au bailleur**, le locataire pouvant demander l'**estimation par experts** (art. 1716).

§ 2 - Les effets du bail

Les effets du bail concernent avant tout les rapports entre les parties – bailleur et preneur. Mais le bail peut également concerner des tiers.

A. Les obligations du bailleur

L'article 1719 en énumère **quatre** mais la quatrième (obligation d'assurer la permanence et la qualité des plantations) ne concerne que le bail rural et ne sera pas examinée ici.

1. L'obligation de délivrance

La délivrance de la chose, et de ses accessoires (ceux qui s'imposent pour l'usage de la chose, sinon ceux précisés au contrat) suppose **une mise à disposition « en bon état de réparations de toute espèce »** (art. 1720).

Ce bon état est présumé (art. 1731) et la pratique de l'**état des lieux** au moment de l'entrée dans les lieux du locataire permet de régler toute difficulté : le locataire

n'aura pas à effectuer des réparations qui ont fait l'objet de réserves même si elles lui incombent de par leur nature.

Si le bien loué devient l'**habitation principale du locataire**, le logement doit répondre aux critères de **logement décent** précisés par le décret n° 2002-120 du 30 janvier 2002 (v. *infra* p. 40). La sanction du non-respect de cette obligation est l'impossibilité pour le bailleur de se prévaloir de la nullité ou de la résiliation du bail pour expulser l'occupant.

2. L'obligation d'entretien

L'article 1720 se borne à poser le principe que le **bailleur est tenu des réparations « autres que locatives »**, ce qui oblige donc à se reporter à l'article 1754 qui définit les réparations locatives pour en déduire celles qui sont à la charge du bailleur.

De toute façon, cet article n'est **pas d'ordre public** et en droit commun du bail, les clauses allégeant les obligations de réparation du bailleur sont licites (référence par exemple aux articles 605 et 606 pour les limiter aux seules grosses réparations incombant au nu-propriétaire) dès lors qu'elles ne dispensent pas le bailleur de toute réparation (il doit assurer au minimum la mise à disposition de la chose louée).

Si le bailleur n'effectue pas les réparations qui lui incombent, le locataire a le droit de retenir les loyers (exception d'inexécution) si (et uniquement si) le défaut d'entretien rend les lieux loués inutilisables au regard de leur usage prévu au bail.

3. L'obligation de garantie

Elle porte sur la jouissance paisible des lieux selon l'article 1719 mais elle se dédouble en fait.

- Le bailleur doit la **garantie d'éviction** de son fait personnel comme du fait du tiers.
 - La première suppose qu'il ne trouble ni ne perturbe la jouissance du bien par son locataire. Mais s'il doit y exécuter des travaux qui ne peuvent être différés, le locataire « doit les souffrir », sauf à pouvoir demander une diminution du loyer s'ils durent plus de quarante jours, voire à demander la résiliation du bail si le bien est rendu inhabitable (art. 1724). Il ne peut en aucun cas transformer les lieux loués (sauf dans le cadre de l'amélioration de l'habitabilité du logement).
 - La seconde ne concerne que les troubles de droit (ex. : tiers qui revendique la propriété du bien et veut faire expulser le locataire), les troubles de fait (dégâts des eaux, nuisances sonores...) restant l'affaire du locataire (art. 1725) à condition qu'il s'agisse de véritables tiers (ce qui n'est pas le cas des autres locataires du même bailleur).

- Il doit la **garantie de « tous les vices ou défauts de la chose louée qui en empêchent l'usage, quand bien même le bailleur ne les aurait pas connus lors du bail »** (art. 1721). Cela couvre les vices antérieurs ou postérieurs à la vente.

Cette garantie n'est pas d'ordre public et en droit commun, un bailleur peut valablement (sauf dol ou faute lourde de sa part) s'exonérer de toute garantie des vices de la chose à condition de ne pas vider de sa substance son obligation essentielle de mettre une chose à la disposition de son locataire.

La jurisprudence y adjoint l'obligation de sécurité de l'article 1386-1 qui obéit alors au régime spécifiquement prévu (v. *supra* p. 26).

B. Les obligations du preneur

Les obligations qui pèsent sur tous les cotitulaires du bail (l'art. 1751 pose un principe de cotitularité de plein droit pour tous les époux si le bien sert à l'habitation du couple) sont, selon l'article 1728, au nombre de deux principalement, l'usage de la chose en bon père de famille et payer le loyer (art. 1728), auquel il faut ajouter celle de restitution de la chose et une responsabilité particulière en cas d'incendie du bien loué.

1. L'usage de la chose en bon père de famille

Cet usage s'apprécie « *suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée par les circonstances* » (art. 1728, 1°).

Cela implique :

- que le locataire réponde des dégradations intervenues après son entrée dans les lieux, assume les réparations locatives (v. art. 1754) et ne modifie pas la chose louée ;
- que le locataire respecte l'usage prévu de l'utilisation des lieux (pas d'activité professionnelle s'il est spécifié que c'est un usage exclusivement à habitation, pas d'activité commerciale s'il est seulement prévu l'exercice d'activités libérales), sauf impératifs supérieurs contraires (impossibilité de restreindre le droit d'héberger un membre de sa famille au nom du respect de la vie privée par exemple), cet usage pouvant être aussi défini le cas échéant dans le règlement de copropriété.

2. Le paiement des loyers

Le bail précise en général la périodicité (mensuel, trimestriel ou annuel) et le lieu de paiement. Si ce dernier n'est pas précisé (pas de domiciliation bancaire par exemple), le principe est celui de la **quérabilité** de la dette (art. 1247, al. 3), donc le loyer est payable au domicile du débiteur. Le bailleur doit délivrer une quittance si le locataire lui en fait la demande (art. 1716, implicitement).

Le locataire doit également payer les **accessoires** du loyer (charges locatives).

En garantie du paiement du loyer (ainsi d'ailleurs que des réparations locatives), le locataire se verra souvent demander un **dépôt de garantie** (« chèque de caution » selon le langage courant), voire un véritable cautionnement. Le bailleur dispose par ailleurs d'un **privilège spécial mobilier** grevant les meubles garnissant les lieux loués (art. 2332, 1° ; d'où l'art. 1752, obligation pour le locataire de garnir la « maison » de meubles suffisants).

De plus le non-paiement du loyer est l'événement par excellence qui justifiera la mise en œuvre de la clause résolutoire (clause de style dans les baux).

3. La restitution de la chose louée

Cette restitution se fait dans l'état dans lequel se trouvait la chose à l'entrée dans lieux : celui constaté par l'état des lieux ou en bon état sinon.

Toute amélioration, construction ou plantation effectuée par le locataire ne lui donne pas droit nécessairement à indemnisation, le bailleur pouvant, comme le prévoit l'article 555 (construction sur le terrain d'autrui), préférer son enlèvement à sa conservation. Mais la convention des parties peut en décider autrement.

4. Responsabilité en cas d'incendie du bien loué

Hypothèses : deux sont à envisager :

– Soit il y a un seul locataire. L'article 1733 ne lui permet de se dégager de la responsabilité qui pèse sur lui qu'en prouvant le cas fortuit, la force majeure ou le vice de construction ou en établissant que l'incendie a été communiqué par une maison voisine.

Cette lourde responsabilité, qui ne tombe pas devant la preuve de l'absence de faute, doit inciter les locataires à s'assurer même en droit commun.

La présomption de responsabilité ne joue plus si le bailleur occupe lui-même une partie de lieux.

– Soit il y a plusieurs locataires du même bailleur. Chacun est alors responsable à hauteur de la valeur locative du bien qu'il loue (art. 1734).

Deux types de causes d'exonération pour le locataire sont possibles : la force majeure ; la preuve que l'incendie n'a pu commencer chez lui ou que l'incendie a pris naissance chez un autre.

C. La circulation du bail

Les parties au bail peuvent changer, côté bailleur, côté preneur.

1. Changement du bailleur

C'est tout d'abord par effet de la **vente du bien loué**, lorsqu'elle ne s'accompagne pas d'un congé délivré au preneur. Le bail est opposable à l'acquéreur (art. 1743). Il y a cession forcée du bail dès lors que l'acquéreur a pu en avoir connaissance. Mais en droit commun, la règle n'est pas d'ordre public et le bail peut prévoir que la vente emportera résiliation du bail.

Le **décès du bailleur**, qui ne met pas fin au bail (art. 1742), **rend opposable à ses héritiers** le contrat en cours et ceux-ci seront tenus des obligations que leur auteur avait envers son locataire.

2. Changement du locataire

- Comme pour le bailleur, le **décès du locataire n'emporte pas résiliation** du bail et ses héritiers devront donc penser à donner congé pour ne plus être tenus des loyers.

- Par ailleurs, l'article 1717 pose le **droit pour le locataire de céder ou de sous-louer** son bail si celui-ci ne contient pas de clause le lui interdisant. Des formalités seront parfois imposées par le bail et devront être respectées (risque sinon de résiliation du bail).

- La **cession du bail** (qui suppose remplies les formalités de l'article 1690). C'est en général une **véritable vente** et les obligations des parties sont celles d'un vendeur et d'un acquéreur (quant à la délivrance de la chose, quant aux garanties...). Ce peut être un apport en société, voire une donation (le régime sera alors celui de contrat dont la qualification sera retenue).

Une fois le transfert de propriété intervenu, le rapport initial entre le cédant (1^{er} locataire) et le bailleur disparaît, sauf clause (imposé par le bailleur) du maintien d'une solidarité (qui ne vaut que pour le contrat en cours ou qui doit être limitée dans le temps si le bail est à durée indéterminée) entre cédant et cessionnaire vis-à-vis du bailleur.

Le cessionnaire acquiert les créances que le cédant pouvait avoir contre le bailleur.

- La **sous-location**. C'est un **bail entre le locataire principal et le sous-locataire**. Le premier assume vis-à-vis du second toutes les obligations d'un bailleur (*cf. supra* p. 34-35).

Elle ne crée pas en revanche de lien de droit entre le sous-locataire et le bailleur/propriétaire du bien. L'article 1753 rend cependant le premier redevable à l'égard du second des loyers dus par le locataire principal à hauteur du « *prix de sa sous-location* ».

§ 3 - L'extinction du bail

- Les **causes normales de résiliation** du bail sont :
 - lorsqu'il est à **durée déterminée**, l'**arrivée du terme** qui met fin aux relations des parties sans avoir à effectuer une quelconque formalité,
 - lorsqu'il est à **durée indéterminée**, la **résiliation du bail** par l'une ou l'autre partie qui en droit commun suppose seulement le respect d'un préavis mais qui est très encadré dans les statuts spéciaux (*cf. infra* p. 39 et s.).
- Les causes **particulières** d'extinction du bail sont :
 - la **perte** de la chose louée,
 - l'**inexécution fautive** (art. 1741).

A. La perte de la chose

L'article 1722 envisage le cas de détérioration de la chose par cas fortuit :

- la destruction **totale** emporte **résiliation** de plein droit du bail ; aucune clause ne peut imposer au locataire de continuer à payer les loyers ni au bailleur de devoir reconstruire ;
- la destruction **partielle** autorise le locataire à demander, « *suivant les circonstances* », **soit une diminution du loyer, soit la résiliation du bail**, mais non des dommages-intérêts.

B. La résiliation pour faute

- L'inexécution fautive conduit à la résiliation (effets pour l'avenir) du bail :
 - elle peut être **judiciaire** (art. 1184) ; le juge apprécie la gravité de la faute alléguée ;
 - elle peut résulter d'une **clause résolutoire** insérée au contrat emportant résiliation de plein droit qui peut être constatée même par le juge des référés ; la bonne foi de la partie qui n'a pas exécuté son obligation ne peut en empêcher l'acquisition de la clause, seuls des délais de grâce (art. 1241) pourront être accordés mais la clause doit être invoquée de bonne foi par le créancier (le bailleur le plus souvent).
- L'inexécution fautive peut justifier aussi l'**allocation de dommages-intérêts** (fixés par le juge ou précisés dans une clause pénale).

Section 2 › LES STATUTS SPÉCIAUX

Parmi les statuts spéciaux concernant le bail, on retiendra les deux les plus fréquents : les baux d'habitation et les baux commerciaux.

§ 1 - Le bail d'habitation

Pour organiser ce statut spécial, trois lois (1^{er} septembre 1948, 22 juin 1982 et 23 décembre 1986) ont précédé la **loi du 6 juillet 1989** (modifiée ponctuellement, en dernier lieu par la loi dite « Boutin » du 25 mars 2009) dont les dispositions s'appliquent à toutes les locations à usage d'habitation ou mixte (non aux locations saisonnières, ni aux meublés, ni aux logements foyers, ni aux logements professionnels).

Les règles qu'elle pose sont d'**ordre public**.

Cette loi constitue le régime actuel :

- quant à la conclusion et la durée du bail ;
- quant aux obligations des parties ;
- quant à la fixation du loyer ;
- quant à la résiliation du bail.

A. La conclusion du bail

1. Un écrit nécessairement (art. 3)

Cet écrit peut être exigé à tout moment par l'une ou l'autre partie.

Mentions : il doit préciser :

- la **durée** du bail (au moins 3 ans ou 6 ans suivant que le bailleur est une personne physique – sauf pour un événement visé au bail qui justifierait une durée plus courte – 1 an au moins, art. 11 –, ou une personne morale) ;
- la **consistance** et la **destination** des lieux loués ;
- le **montant des loyers** ;
- le **dépôt de garantie** s'il est prévu (1 mois de loyer maximum – art. 22 –, mais ce peut être un cautionnement – art. 22-1 –, voire une garantie autonome – 22-1-1).

L'article 4 énumère les clauses réputées non écrites (obligation de souscrire une assurance auprès de la compagnie choisie par le bailleur, d'effectuer le paiement par prélèvement automatique...).

L'article 3 précise que le bailleur ne peut se prévaloir de la violation de ces dispositions.

2. Un état des lieux

Il doit être dressé :

- soit par les parties contradictoirement,
- soit par exploit d'huissier (les frais sont alors partagés).

La présomption du bon état du bien loué (art. 1731) ne peut être invoquée par la partie qui a fait obstacle à l'établissement d'un état des lieux.

3. La communication d'informations diverses (art. 3-2)

- Obligation pour le bailleur de fournir le **dossier de diagnostic technique** (art. 3-1). Ce dossier comporte plusieurs diagnostics en réalité : amiante, plomb, risques naturels, performance énergétique et électricité.

- Obligation pour le bailleur de délivrer une **information sur les modalités de réception des services de télévision**.

B. Obligations des parties

1. Obligations du bailleur

Elles sont définies à l'article 6 et 6-1 et comportent :

- celle de fournir un **logement décent**, principalement un clos et couvert satisfaisant, des dispositifs de sécurité en bon état et respectant des normes de sécurité tenant à la protection de la personne et de sa santé (v. art. 2, Décr. 30 janvier 2002),
- celle de délivrer un logement en **bon état** d'usage et de réparation ; le bail peut stipuler que certains travaux seront exécutés par le locataire et doit alors prévoir les modalités d'imputation de leur coût sur les loyers ;
- assurer la **jouissance paisible** du bien ;
- assurer toutes les **réparations autres que locatives** ;
- **accepter les aménagements** réalisés par son locataire s'ils ne transforment pas la chose louée ;
- et **faire cesser les troubles de voisinage** causés par l'occupant à des tiers.

2. Obligations du locataire

Les articles 7 et 8 reprennent pour une bonne part les obligations de droit commun. On retrouve :

- l'obligation de payer les **loyers et charges locatives** (énumérées à l'annexe Décr. n° 2008-1411 du 19 décembre 2008) ;
- celle d'**user** du logement **conformément à sa destination** ;
- celle de **répondre des dégradations** survenues pendant l'occupation sauf cas de force majeure, fait du bailleur ou d'un tiers ;
- celle d'assumer les **réparations locatives** (énumérées à l'annexe Décr. n° 87-712 du 26 août 1987) ;
- celle de **soutenir les travaux d'amélioration** dans le bien loué ou dans les parties communes ;
- celle de ne **pas transformer** les lieux loués **sans l'accord écrit** du bailleur ;
- celle de **s'assurer** contre les risques locatifs ;
- celle de ne **pas céder ni sous-louer sans l'accord écrit** du bailleur.

La **clause résolutoire** insérée dans le bail **ne peut viser que quatre types de manquements** : le non-paiement des loyers, des charges, du dépôt de garantie, de la non-souscription d'une assurance pour les risques locatifs ou une jouissance des lieux causant des troubles de voisinage à des tiers et constatés judiciairement (art. 4, g).

C. La fixation du loyer

Elle doit correspondre au « **prix** » du **marché** et dans cette optique, ont été créés, au niveau des départements, des observatoires des loyers agréés, chargés de centraliser les informations et de lancer une procédure d'alerte (qui donnera lieu à un décret en Conseil d'État pour imposer un plafonnement) en cas de dérapage (art. 16).

Il faut distinguer deux hypothèses.

1. La fixation du loyer initial

- Ou le logement est **neuf** ou vacant ayant fait l'objet soit de travaux de [re]mise en conformité, soit des travaux importants d'amélioration : c'est le **principe de la liberté** de fixation du loyer (art. 17-a).

• **Ou** le logement ne correspond pas à un de ces cas de figure : il était alors prévu que le **loyer devait correspondre aux loyers habituellement constatés** dans le voisinage pour des logements comparables (le bailleur devait fournir trois références au moins – art. 19 – et le locataire avait deux mois pour saisir la commission de conciliation s'il n'était pas d'accord).

Ce dernier dispositif ne devait jouer que jusqu'au 31 juillet 1997, date-butoir à laquelle un rapport devait être présenté au Parlement sur les mérites du dispositif. Ce rapport n'a pas vu le jour et les auteurs considèrent que le dispositif de protection est en conséquence devenu caduc. De ce fait, se trouve réinstaurée une totale liberté contractuelle pour la fixation initiale du loyer.

Le bail peut prévoir une « révision » (en général, c'est une indexation) du loyer selon des modalités qui ne peuvent conduire à une augmentation supérieure au jeu de l'indice de référence l'INSEE du coût de la construction.

2. La fixation du bail renouvelé

- Le renouvellement du bail ne doit **aucun droit à une augmentation** du loyer hors le jeu normal de l'indexation choisie,
- **sauf** si le loyer est **manifestement sous-évalué**.

Procédure : article 17-c :

- le bailleur fait une proposition six mois au moins avant la fin du bail d'un nouveau montant, justifié par au moins trois références locales ;
- le locataire, en cas de désaccord, a quatre mois avant la fin du bail pour saisir la commission de conciliation ;
- si la conciliation échoue, le juge doit être saisi avant le terme du bail qui, sinon, est reconduit aux conditions initiales ;
- si l'augmentation du loyer est acceptée ou fixée judiciairement et qu'elle est supérieure à 10 %, elle sera répartie par tiers ou par sixième (suivant la durée du bail antérieur) chaque année.

D. La résiliation du bail

Cas : elle n'intervient :

- ni par la mort de l'une ou l'autre partie (le décès du locataire, tout comme l'abandon du domicile par lui, emporte continuation du bail au profit du conjoint, partenaire ou concubin et au profit des descendants ou ascendants vivant avec lui depuis au moins un an – art. 14),
- ni par l'arrivée du terme (sauf hypothèse de l'art. 11 – bail de courte durée pour cause justifiée) car le principe est une **reconduction tacite** pour trois ans (que le bailleur soit une personne physique ou une personne morale).

Hormis les cas de résiliation pour faute, il faut donc un acte volontaire : **le congé** qui s'effectue au moins sous la forme d'un recommandé avec avis de réception (forme imposée aussi au locataire).

1. Le congé donné par le locataire

Il peut intervenir à tout moment durant le bail et sans motif, moyennant le respect d'un **préavis de trois mois** en principe.

Il n'est que d'un mois s'il est justifié pour des raisons professionnelles (1^{er} emploi, perte d'emploi, mutation), pour les locataires de plus de soixante ans contraints de changer de domicile pour des raisons de santé ou pour les bénéficiaires du RMI.

2. Le congé donné par le bailleur

Il est très encadré :

- il ne peut intervenir qu'en fin de bail ;
- il doit être délivré six mois au moins avant la fin du bail ;
- il doit être motivé et être justifié soit par une décision de vendre (auquel cas le locataire bénéficie d'un droit de préemption et peut se porter acquéreur du bien, v. *supra* p. 12 et s.) ou de le reprendre (pour lui son conjoint, partenaire d'un PACS, concubin notoire, ascendants ou descendants), soit pour un motif légitime et sérieux (manquements du locataire à ses obligations, immeuble sous le coup d'une mesure d'expropriation ou frappé d'insalubrité).

Tout **congé irrégulier est nul**, de sorte que le bail sera reconduit automatiquement pour une période de trois ans.

§ 2 - Le bail commercial

Il confère au preneur, commerçant en principe (d'autres personnes se sont vues octroyer le bénéfice du statut), des droits si importants qu'il est souvent assimilé, en droit civil, à un acte de disposition (pour les pouvoirs de l'usufruitier, pour ceux du tuteur, pour les époux communs en biens...).

Ces droits, englobés dans l'expression de « propriété commerciale » et faisant l'objet des articles L. 145-1 et s. du Code de commerce, concernent la durée du bail et son renouvellement, les règles concernant la fixation du loyer et la disposition du droit au bail.

A. La durée du bail et son renouvellement

1. La durée initiale du bail

Le bail commercial est conclu pendant une période minimale de neuf ans (art. L. 145-4).

Cette durée minimale le distingue des baux saisonniers, des baux dérogatoires de deux ans au plus (art. L. 145-5) ou des conventions d'occupations précaires.

S'il est d'une durée supérieure à douze ans, sa publicité devient obligatoire et il emporte le dé plafonnement du loyer (v. *infra* p. 43).

Le preneur, quant à lui, peut le résilier tous les trois ans.

2. Le renouvellement du bail

Conditions :

- **Indemnité d'éviction.** Le bailleur qui veut récupérer son bien en fin de bail ne peut le faire à l'encontre du preneur vis-à-vis duquel aucune faute ne peut être retenue, que moyennant une contrepartie financière, l'indemnité d'éviction.

Le montant, calculé en principe sur la valeur du fonds exploité outre les frais de réinstallation (art. 145-14), est en général dissuasif et, de fait, le preneur est assuré de rester dans les lieux.

- Le bailleur en est dispensé si le preneur ne répond pas à certaines conditions légales : immatriculation au registre du commerce (au jour de la délivrance du congé) et exploitation du fonds pendant les trois dernières années précédant l'expiration du bail (art. 145-8).

Procédure : le bailleur doit, six mois au moins avant l'expiration du bail, délivrer un congé (dans les formes conformes aux usages, en fait par lettre recommandée avec AR ou par exploit d'huissier) avec offre d'indemnité (s'il n'y a pas de dispense), mais il a un **droit de repentir** (s'il constate que cette indemnité est trop élevée).

Il doit également délivrer un congé s'il entend augmenter le loyer.

Si le bailleur ne fait rien, il y a tacite reconduction et si le bail vient à dépasser les douze ans du fait de sa tacite reconduction, le loyer n'est plus plafonné.

Pour éviter cette situation, le preneur peut lui-même, à compter des six mois avant l'expiration du bail et pendant toute la période de tacite reconduction, faire une **demande de renouvellement** (par exploit d'huissier) qui oblige le bailleur à prendre position dans les trois mois de la signification : acceptation pure et simple, sous condition d'un nouveau loyer, ou refus qui doit être motivé.

B. La fixation du loyer

- **À l'entrée dans les lieux**, s'il s'agit de locaux vides, le loyer est **librement fixé**.

Si c'est en vertu d'une cession de bail, c'est celui prévu dans le bail cédé et qui est en cours. La pratique du « pas de porte » (indemnité versée au départ au bailleur) tend à disparaître.

Ce loyer peut être **indexé** soit sur l'indice INSEE du coût de la construction, soit sur celui, créé en 2008, sur les loyers commerciaux

Une fois le loyer initial fixé, intervient alors un double principe : le loyer révisé ou d'un bail renouvelé doit correspondre à la valeur locative mais la variation ne peut excéder celle de l'indice INSEE de la construction.

- **En cours de bail**, l'augmentation du loyer est encadrée et devient plafonnée (les biens à usage de bureaux ou les locaux monovalents ne sont pas concernés). C'est le principe d'une révision seulement triennale, à la demande de l'une ou l'autre partie, et qui ne peut excéder la variation de l'indice INSEE, sauf s'il y a une modification des facteurs locaux de commercialité entraînant une hausse des loyers de plus de 10 %. Si une indexation a été choisie, elle entraînera une révision du loyer si la variation est de plus du quart du loyer en cours.

- **Au moment du renouvellement**. La même règle de plafonnement, avec son exception, se retrouve. La règle n'est pas d'ordre public et les parties peuvent fixer les modalités de fixation du loyer du bail renouvelé. Si le bail initial perdure plus de douze ans par tacite reconduction, le loyer est déplafonné.

C. Les droits du preneur sur son bail

1. La déspécialisation

En dépit des stipulations du bail qui peuvent restreindre le type d'activités qui peut être exercé dans les lieux loués, le preneur peut obtenir :

- une **déspécialisation partielle** pour une **activité connexe** ; le bailleur ne peut s'y opposer mais lors de la prochaine révision triennale, il pourra majorer le montant du loyer ;
- une **déspécialisation plénière** (changement complet d'activité) qui requiert en revanche l'accord du bailleur (mais le TGI appréciera le caractère légitime du refus ;

– activité interdite par le règlement de copropriété dont fait partie le bien loué par exemple) sauf en cas de départ à la retraite du commerçant ; elle justifie la majoration immédiate du loyer et le paiement d'une indemnité si le bailleur subit un préjudice (règle également applicable sans doute en cas de départ à la retraite mais jurisprudence incertaine).

2. La cession du bail

Admise par principe, la cession (c'est une vente) **peut** néanmoins **être interdite** dans le bail, sauf si elle accompagne une cession du fonds de commerce qui est exploité dans les murs (art. L. 145-16).

En fait, l'interdiction pure et simple est rare car la possibilité pour le preneur de céder à titre onéreux (perception d'un « droit au bail ») son bail est un élément financier important.

S'il ne l'interdit pas, le bail peut cependant imposer des **formalités pour cette cession** (acte authentique, nécessité d'appeler le bailleur à l'acte, agrément du bailleur...) et les clauses résolutoires insérées dans les baux visent très souvent le non-respect de ces formalités qui doivent être scrupuleusement suivies sous peine de résiliation immédiate (et sans indemnité au profit du preneur) du bail.

Sauf dispense du bailleur, la cession doit lui être notifiée (art. 1690 C. civ.) pour lui être opposable.

La **sous-location**, quant à elle, est en principe **interdite** sauf stipulation contraire dans le bail ou autorisation expresse du bailleur (art. L. 145-31).

Les rapports entre le locataire principal et le sous-locataire sont régis par un véritable bail soumis lui-même au statut (droit notamment à une indemnité d'éviction si le locataire ne peut lui assurer le renouvellement de son bail).



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- › Les pouvoirs pour conclure un bail
- › L'obligation d'entretien du bien loué
- › La responsabilité en cas d'incendie du bien loué
- › Le renouvellement du bail d'habitation
- › Le congé donné par le bailleur (bail d'habitation)
- › Le renouvellement du bail commercial
- › La fixation du loyer du bail commercial

Dissertation :

- › Cession de bail et sous location (droit civil et droit commercial)

Chapitre 2 > LE PRÊT

> L'essentiel

Si le prêt est souvent perçu comme la mise à disposition d'une chose à charge de la rendre, cette vision est surtout vraie pour le prêt à usage – anciennement commodat – que le Code civil distingue du prêt de consommation – anciennement mutuum –, dont le plus fréquent est le prêt d'argent.

Ce sont les deux sortes de prêt dont il traite en droit commun.

L'impact et l'ampleur du statut réservé aux prêts aux consommateurs, qui fut en grande partie le point de départ d'une réglementation dont les différents aspects ont été rassemblés dans le Code de la consommation justifient une étude spécifique.

Section 1 > LE PRÊT EN DROIT COMMUN

Le Code civil en distingue deux, le prêt à usage et le prêt à consommation (art. 1874), tout en consacrant un chapitre à part pour le prêt à intérêt (art. 1905 et s.).

§ 1 - Prêt à usage et prêt de consommation

Distinction : le Code civil en donne deux définitions différentes :

- le prêt à usage – anciennement **commodat** – est « un contrat par lequel l'une des parties livre une chose à l'autre pour s'en servir, à la charge par le preneur de la rendre après s'en être servi » (art. 1875) ;
- le prêt de consommation – anciennement **mutuum** – est « un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge par cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité » (art. 1892).

De cette distinction résultent des différences importantes entre les deux contrats, mais l'un et l'autre sont des **contrats réels** (ils ne se forment que par la remise de la chose), **unilatéraux** et conclus *intuitu personae*.

A. Le prêt à usage

1. Caractéristiques

- La restitution de la chose même, qui n'est donc pas consommable par nature, empêche un transfert de propriété au profit de l'emprunteur, de sorte que les risques pèsent toujours sur le prêteur (*res perit domino*).
- L'article 1876 répute un tel prêt, correspondant initialement au service entre amis, « **essentiellement gratuit** » (la gratuité peut à l'heure actuelle avoir un objectif commercial, tel le prêt de caddies dans les supermarchés).
- Même si la date de restitution est fixée dans le contrat, le prêteur, qui en a un « *besoin pressant et imprévu* », peut saisir le juge pour en obtenir la restitution.

2. Régime juridique

a) Les obligations de l'emprunteur

- Il doit **user** de la chose **conformément à ce qui est prévu** dans le contrat et/ou à la nature de la chose.
- Il a l'obligation de la **conserver** et pour cela, assume en principe toutes les dépenses nécessaires qui relèvent d'une gestion normale de la chose (art. 1886) ; en cas détérioration ou de perte de la chose prêtée, pèse sur lui une présomption de faute dont il peut se décharger en prouvant le cas fortuit ou la force majeure, ou en prouvant son absence de faute
- Il doit enfin la **restituer en nature** et le prêteur est fondé à refuser la restitution par équivalent (mais est contraire aux règles du droit de la concurrence l'obligation de restitution en nature lorsqu'elle est imposée en réalité pour empêcher « l'emprunteur » de pouvoir s'adresser à des concurrents – exemple de cuves d'essence enterrées sous les pistes de la station et « prêtées » par la compagnie pétrolière)

b) Les obligations du prêteur

- Il est **responsable des vices** de la chose prêtée dont il aurait eu connaissance et dont il n'aurait pas averti l'emprunteur (art. 1891) ; cette tolérance ne s'applique pas si le prêt est en fait à titre onéreux, auquel cas le prêteur est présumé connaître les vices.
- Il a l'obligation de **rembourser** l'emprunteur des dépenses « *extraordinaire(s), nécessaire(s) et tellement urgente(s) qu'il n'a pas pu en prévenir le prêteur* » (art. 1890).

B. Le prêt de consommation

Il porte sur des choses consommables par nature (argent) ou par la volonté des parties (autorisation donnée par le prêteur ; il faut des choses véritablement interchangeables) : la restitution se fera par équivalent.

1. Caractéristiques

- La consommation de la chose emporte transfert de propriété au profit de l'emprunteur qui supportera, de ce fait, les risques pour perte fortuite.
- La présomption de gratuité ne joue pas et le prêt de consommation est en fait souvent à titre onéreux (« *salarie* »).
- La date de restitution est celle fixée par le contrat et le prêteur est obligé de s'y tenir (art. 1899). S'il n'a pas été fixé de date ou qu'elle est imprécise (« *remboursement quand l'emprunteur pourra* » par exemple), c'est le juge qui tranche en cas désaccord des parties (art. 1900 et 1901).
- La preuve du prêt suppose, lorsqu'il s'agit de prêt d'argent, la double preuve de la remise de fonds et l'absence d'intention libérale de la part du prêteur.

2. Obligations des parties

a) Obligation du prêteur

Une seule en réalité : **responsabilité des vices** de la chose prêtée dans les mêmes termes que dans un prêt à usage (art. 1892 renvoyant à art. 1891).

b) Obligations de l'emprunteur

- Obligation de **restitution** de la chose prêtée, « *en même quantité et qualité et au terme convenu* » (art. 1902) ; si la chose est de l'argent, c'est le principe du nominalisme (art. 1895), sauf stipulation d'une indexation pour corriger la dépréciation monétaire (conforme à l'article L. 112-2 C. mon. fin., v. *supra*).
- Ou d'en **payer la valeur** eu égard au temps et au lieu prévus dans la convention, à défaut ceux où le prêt a été fait (art. 1903).
- En cas de retard, il doit l'intérêt du jour de la sommation ou de la demande en justice.

§ 2 - Le prêt à intérêt

C'est un prêt de consommation portant sur de l'argent : la stipulation d'intérêts est la **rémunération** du prêteur (ce n'est pas une indexation). Elle doit être spécifiée dans le contrat.

Pratiqué à titre habituel, ce prêt doit être alors nécessairement consenti par un professionnel du crédit : le prêt perd son caractère réel pour devenir un contrat consensuel (formation par le seul échange de consentement).

A. Formation

Sauf à préciser que le prêt, même consenti par un professionnel, reste un contrat *intuitu personae*, le prêt obéit aux conditions de droit commun pour sa formation. La **stipulation d'intérêts** oblige néanmoins à des précisions.

1. La détermination du taux

Si aucun taux n'est précisé dans le contrat, c'est le taux légal qui s'applique.

Pour percevoir un **taux conventionnel**, il faut qu'il soit fixé par **écrit** (art. 1907 ; cette exigence ne s'applique pas aux comptes courants bancaires).

Le taux n'a pas besoin d'être déterminé : tel est le cas d'un taux variable. Il suffit qu'il soit déterminable. La banque peut se référer à son taux de base sans que le prêt ne soit affecté de nullité (en cas d'abus dans la fixation de ce taux, elle engage sa responsabilité).

2. Un taux non usuraire

L'usure est le fait de pratiquer un taux trop important.

Elle s'apprécie par un rapport au **taux effectif global (TEG)** qui tient compte outre du taux d'intérêt demandé, des frais, commissions ou rémunérations de toute nature, voire de tout ce qui est mis à la charge de l'emprunteur (v. art. L. 313 et s. C. consom.).

Ce taux ne doit **pas excéder du tiers le taux moyen** pratiqué pour des prêts de même nature.

3. L'anatocisme

L'article 1154 prévoit que « *les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts... par une convention spéciale pourvu que... dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière* ».

Cette **capitalisation des intérêts** est de principe dans les comptes courants et sa simple stipulation dans les contrats de prêt suffit à la rendre applicable.

Elle est **dangereuse** car elle conduit à alourdir rapidement la dette sans que ce mécanisme ne soit pris en compte au titre de l'usure (car le TEG lui-même ne bouge pas).

B. Exécution du contrat

L'obligation pour l'emprunteur de rémunérer le prêteur (paiement des intérêts) transforme le prêt en un contrat synallagmatique : les obligations existent donc de part et d'autre.

1. Obligations du prêteur

Du côté du prêteur, son obligation principale consiste en la remise des fonds prêtés.

Lorsque c'est un professionnel, pèsent sur lui des obligations accessoires (obligation d'information, voire de conseil) que le Code de la consommation renforce (v. *infra* p. 49 et s.).

a) La remise des fonds

Longtemps élément constitutif de la formation du prêt, elle n'est qu'une modalité d'exécution lorsque le prêteur est un professionnel du crédit, ce qui permet de recourir à l'**exécution forcée** si ce dernier s'avisait de se rétracter après la formation du contrat (par acceptation de l'offre de prêt par l'emprunteur).

Elle se fait en une ou en plusieurs fois si c'est une **ouverture de crédit** (analysée comme une promesse de prêt), à hauteur de l'encours maximal stipulée.

b) Devoir de conseil du prêteur professionnel

Parallèlement aux obligations d'information développées dans le cadre du droit de la consommation, la jurisprudence a mis à la charge du banquier dispensateur de crédit un **devoir de mise en garde contre un risque d'endettement trop important**, mettant en cause son éventuelle responsabilité si l'emprunteur ne peut plus faire face à son obligation de renseignement.

2. Obligations de l'emprunteur

Du côté de l'emprunteur, le contrat fait naître son obligation de remboursement et son non-respect est sanctionné par des mesures spécifiques au prêt.

Le remboursement du prêt comprend :

- le remboursement du capital,
- et le paiement des intérêts.

La défaillance de l'emprunteur emporte des sanctions particulières.

a) Le remboursement du capital

- Il s'opère par **échéances** (en général, des mensualités), dont le montant peut être variable (méthode dégressive ou progressive) ou constant (l'emprunteur paie alors au début surtout des intérêts, le remboursement du capital devenant significatif à mi-parcours).

- Toutefois, pour le **prêt viager hypothécaire** (art. L. 314-1 C. consom.) qui ne peut financer qu'une acquisition pour un usage privé (art. L. 314-2), aucun remboursement n'est dû jusqu'au décès de l'emprunteur (sauf s'il vient à vendre le bien acquis).

- Le paiement a lieu en **euros** pour les prêts internes, même si une indexation (qui n'est pas l'intérêt) sur une monnaie étrangère a été valablement (si le prêteur est une banque) choisie.
- Le principe de la **quérabilité** s'applique ici aussi à défaut de stipulation contraire (les établissements de crédit imposent en général une **domiciliation bancaire**).
- Le remboursement peut avoir lieu par **anticipation**, totalement ou partiellement, mais cette faculté est encadrée dans les contrats (versements minimums, indemnité à verser – qui ne serait pas une clause pénale).

b) Le paiement des intérêts

L'article 1908 pose une **présomption** (irréfragable) **de paiement** des intérêts si quittance sans réserve a été donnée.

De même l'emprunteur qui paie des intérêts non stipulés ne peut en obtenir le remboursement (art. 1906).

Sinon, leur non-paiement peut justifier la résolution du contrat.

c) La défaillance de l'emprunteur

- Le point de départ de la prescription (cinq ans pour les intérêts comme pour le capital – art. 2219) pour obtenir le remboursement du prêt est la dernière échéance impayée.
- Les contrats prévoient en général en cas de défaillance de l'emprunteur :
 - l'exigibilité immédiate du capital restant dû (**clause de déchéance du terme**),
 - et des **pénalités** de toutes sortes (majoration du taux d'intérêt pour les échéances non payées, montant indemnitaire...) qui sont de véritables clauses pénales soumises éventuellement à l'article 1152 (sujettes à réduction si elles sont manifestement excessives).

Section 2 > LE CRÉDIT AUX CONSOMMATEURS

Issue de deux lois « Scrivener » des 10 janvier 1978 et 13 juillet 1979, et en attendant l'adoption d'une législation plus rigoureuse encore encadrant spécifiquement le crédit renouvelable, particulièrement redoutable pour les emprunteurs fragiles et source de nombreuses procédures de surendettement, la réglementation actuelle se trouve dans le **Code de la consommation** (L. 311-1 et s. et L. 312-1 et s., pour les opérations de crédit *stricto sensu*).

Elle concerne les rapports entre :

- d'une part, un professionnel du crédit (établissement de crédit) qui va financer l'achat du bien ou la prestation de services,
- et d'autre part, un consommateur/non professionnel qui n'achète pas pour les besoins de son activité professionnelle mais pour son usage personnel (« domestique »).

Les principes directeurs tournent autour de la protection du consentement du consommateur/non professionnel et de l'interdépendance des contrats de vente et de financement.

§ 1 - La protection du consentement du consommateur

Elle passe par une information suffisante et un temps de réflexion obligatoire.

A. Un consentement éclairé

L'obligation qui pèse sur le professionnel de délivrer des informations précises existe dès avant la conclusion du contrat, mais se renforce à ce moment-là.

1. Réglementation de la prospection des clients

a) La **publicité** doit être « *loyale et informative* » (art. L. 311-4 ; L. 312-4) : identification du prêteur, coût réel du prêt, indication du TEG...

b) Le **crédit gratuit** (crédit à la consommation) doit être explicité (art. L. 311-6) : indication de l'escompte en cas de paiement comptant et de la personne qui supporte en réalité le coût du crédit.

c) Le **démarchage** des clients est réglementé quant aux personnes qui peuvent l'effectuer (art. L. 341-3 et s. C. mon. fin.) et celles-ci sont tenues d'observer des « règles de bonne conduite » (art. L. 341-11 et s.).

2. Réglementation de l'offre de prêt

Le contenu de l'offre qui est adressée au candidat emprunteur consommateur est détaillé tant pour le crédit à la consommation que pour le crédit immobilier.

a) Le **crédit à la consommation** (crédit, autre qu'immobilier, de plus de trois mois et d'un montant inférieur ou égal à 21 500 €) est nécessairement précédé d'une offre (« offre préalable ») dont le contenu est défini aux articles L. 311-10 et s. : identité des parties, montant et modalités du crédit, indication du TEG et pour chaque échéance, le coût de l'assurance et des éventuels frais perçus ; ces dispositions s'appliquent également aux ouvertures de crédit.

b) Le **crédit immobilier** (pour l'achat d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte, ainsi que pour les travaux y afférents s'ils sont supérieurs à 21 500 €) suppose lui aussi l'émission préalable d'une offre pour laquelle le législateur a été beaucoup plus précis (v. art. L. 312-8) : outre les indications susvisées, il est exigé qu'elle doive être accompagnée d'un « *échancier des amortissements détaillant pour chaque échéance la répartition du remboursement entre le capital et les intérêts* ».

B. Un consentement réfléchi

Il est assuré par deux mesures principales.

1. Le maintien de l'offre pendant un certain délai

L'emprunteur dispose ainsi du temps nécessaire (sous réserve de l'urgence de l'achat projeté) avant d'accepter l'offre de prêt.

- Pour le **crédit à la consommation**, le délai minimum est de **quinze jours** (art. L. 311-8).

- Pour le **crédit immobilier**, ce délai est porté à **trente jours** (art. L. 312-10).

2. Un délai obligatoire de réflexion

Pour éviter que le consommateur ne soit engagé trop vite dans un prêt dont il n'aura pu mesurer la portée réelle quant à la charge financière qu'il représente, la loi lui impose un temps obligatoire de réflexion.

- Dans les **crédits à la consommation**, le mécanisme mis en place est une **rétractation** (le contrat principal est donc conclu), *ad nutum* et sans aucune incidence financière pour l'emprunteur, possible pendant **sept jours** (ce délai peut être réduit jusqu'à trois jours dans certains cas – art. L. 311-14) après la conclusion du prêt (art. L. 311-15).

Pour faciliter l'exercice de cette rétractation, un bordereau de rétractation doit être annexé à l'offre préalable et aucun paiement ne peut avoir lieu (art. L. 311-17).

- Dans les **crédits immobiliers**, c'est un mécanisme de **réflexion**. Aucune acceptation, qui est donnée nécessairement par lettre, ne peut intervenir pendant **dix jours** à compter de la réception de l'offre de crédit (art. L. 312-10). Là encore, aucun paiement, de quelque nature que ce soit, ne peut être fait pendant cette période de gel (art. L. 312-11).

Toutefois, l'emprunteur acquéreur qui n'accepte pas l'offre de prêt conforme à ce qui avait été prévu dans la promesse de vente sera exposé à une sanction pécuniaire vis-à-vis de son vendeur (perte de l'indemnité d'immobilisation ou paiement de la clause pénale prévue pour l'hypothèse...).

§ 2 - Une interdépendance des contrats

Elle est essentielle dans les deux cas de figure :

- consommateur qui a obtenu son prêt mais dont le projet de vente a échoué ;
- consommateur engagé dans une vente mais qui n'a pas obtenu le financement nécessaire.

La théorie de la cause ne permettant pas de lier objectivement les deux contrats, ce lien résulte de dispositions expresses de la loi.

A. Interdépendance au début de la relation contractuelle

1. Dans le cadre de l'achat d'un bien de consommation

L'interdépendance est imposée pour les **crédits affectés** (ceux qui sont octroyés en vue d'une opération déterminée et précisée dans l'offre préalable), étant rappelé que si le contrat principal est conclu :

- le prêt ne prend effet qu'à compter de la livraison ou à fourniture de la prestation ;
- mais inversement, l'exécution du contrat principal est suspendue pendant toute la période de rétractation (art. L. 311-24).

2. Dans le cadre de l'achat d'un immeuble ou de travaux immobiliers

- Le contrat est nécessairement réputé conclu **sous la condition suspensive de l'octroi du prêt** (art. L. 312-16). Tant qu'elle n'est pas réalisée, il n'a aucune existence juridique. Sa non-réalisation emporte restitution des sommes qui ont pu être versées entre les mains de tiers qui bénéficient de garanties (notaires, agents immobiliers).

- On ne peut **écarter** cette condition (inconfortable pour le vendeur) que si l'acquéreur déclare (**mention manuscrite** obligatoire dans la promesse) ne pas avoir à recourir à un prêt (art. L. 312-17).

- L'offre de prêt, acceptée, est « *toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé* » (art. L. 312-12) : pas de vente, plus de prêt !

B. Interdépendance en cours d'exécution

1. Dans les crédits à la consommation

- La **résolution ou l'annulation du contrat principal emporte résolution ou annulation du prêt** qui en organisait le financement, à condition que le prêteur ait été appelé en la cause (art. L. 311-25) ; le vendeur fautif pourra être condamné à garantir l'emprunteur de la restitution des sommes prêtées (versées, en fait, directement à ce dernier).
- L'exercice de la faculté de **rétractation emporte résolution**, de plein droit et sans indemnité, **du contrat principal**, sauf si l'acquéreur paie comptant (art. L. 311-25) ; mais la clause qui prévoirait à l'avance un tel paiement en cas de refus de prêt est nulle de plein droit (art. L. 311-26).

2. Dans les crédits immobiliers

Rien n'est prévu expressément par les textes du Code de la consommation.

Toutefois, au regard des règles du **droit commun**,

- la **nullité du prêt, par son effet rétroactif**, fait défaillir, rétrospectivement, la condition suspensive du contrat principal et rejaillit donc sur lui ;
- la **résolution du prêt n'a pas d'incidence directe** en revanche (l'obligation de restitution des fonds contraindra l'acquéreur à vendre le bien acheté pour trouver les liquidités nécessaires) ; la résolution ou l'annulation de la vente emportera, si l'acquéreur ne trouve pas à réemployer les fonds dans une autre acquisition, un remboursement anticipé ; le vendeur, s'il est responsable du vice de la vente, devra alors garantir l'acquéreur du paiement de l'indemnité de remboursement qui a pu être stipulée dans le prêt (nécessairement plafonnée à un semestre d'intérêts du capital remboursé sans pouvoir excéder 3 % du capital restant dû avant remboursement – art. R. 312-2)



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- › Les difficultés posées par la stipulation d'un taux d'intérêt
- › La défaillance de l'emprunteur
- › La protection de l'emprunteur-consommateur

Dissertations :

- › Le prêt, contrat réel ou consensuel ? Incidences de la question
- › Promesse de prêt et prêt
- › Le prêt aux consommateurs : un droit en recherche de son autonomie ?

Deuxième partie

LES CONTRATS DE SERVICES

Catégorie très hétérogène, elle englobe tous les contrats qui ont pour objet une prestation de services. Domine ici l'obligation de « faire » (on fournit un travail de manière indépendante) : la fourniture de produits, s'il y en a, ne peut être qu'accessoire.

Les contrats de services s'épanouissent dans les relations économiques. Ils sont parfois de pures créations de la pratique qui préfèrent s'affranchir des modèles classiques afin d'avoir un contrat sur mesure : ils sont le domaine de prédilection de contrats sui generis.

Mais bien souvent, c'est en réalité un modèle de base du Code civil qui sert d'appui à ces « nouveaux » contrats.

Avec ses trois contrats de référence en matière de prestation de services, le contrat d'entreprise, le mandat et le dépôt, auquel a été ajoutée récemment la fiducie, les contrats nommés du Code permettent ainsi d'avoir un bon aperçu de cette catégorie si hétéroclite qu'on ne peut en dégager des principes directeurs communs. L'étude de chacun de ces quatre contrats sera l'occasion de vérifier leur irréductible particularité.

Titre 1 > LE CONTRAT D'ENTREPRISE

55 Chapitre 1 > Régime général

62 Chapitre 2 > Les contrats de construction

Titre 2 > LE MANDAT

72 Chapitre 1 > Le droit commun du mandat

79 Chapitre 2 > Mandats particuliers

Titre 3 > LE DÉPÔT

85 Chapitre 1 > Le droit commun du dépôt

89 Chapitre 2 > Les dépôts spéciaux

Titre 4 > LA FIDUCIE

93 Chapitre 1 > Les fonctions de la fiducie

95 Chapitre 2 > La mise en place de la relation fiduciaire

98 Chapitre 3 > La transparence fiscale de l'opération fiduciaire

Chapitre 1 > RÉGIME GÉNÉRAL

> L'essentiel

L'article 1787 expose que « lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou qu'il fournira aussi la matière ».

Définition peu explicite qui ne fait pas réellement ressortir les éléments caractéristiques du contrat d'entreprise :

- *exécution d'une prestation (ce n'est pas une vente)*
- *en toute indépendance et en son nom (ce qui le distingue du contrat de travail et du mandat)*
- *et moyennant rémunération (ce n'est pas du bénévolat).*

*L'hésitation la plus fréquente tient à la **différence entre ce contrat et la vente de choses à fabriquer** :*

- *le critère économique, qui compare la valeur du travail accompli et celui de la chose (matière) fournie, est parfois utilisé mais n'est pas nécessairement opérant (ex. si le travail est accompli sur des métaux précieux, telle la joaillerie) ;*
- *le critère le plus pertinent tient à la spécificité du travail commandé ; si la chose est fabriquée spécialement pour le donneur d'ordre (maître de l'ouvrage), sur des indications par lui fournies, il y a entreprise ; la fabrication d'une chose standard, même à la demande de celui-ci, est une vente.*

La distinction est d'importance car les obligations des parties ne sont pas les mêmes suivant la qualification retenue, comme on va le voir.

Par ailleurs, dans beaucoup de contrats d'entreprise, toute la prestation ne sera pas, en totalité, réalisée par l'entrepreneur lui-même mais par un autre : la pratique de la sous-traitance est aussi une spécificité de ce contrat.

Section 1 > LES OBLIGATIONS DES PARTIES

Les conditions posées pour la validité du contrat sont applicables pour le contrat d'entreprise, à la seule exception que les parties ne sont pas tenues de fixer le prix dès le contrat : il peut l'être une fois la prestation accomplie ; le juge peut le faire à la place des parties si elles ne se mettent pas d'accord.

Après avoir passé en revue les obligations de l'une puis de l'autre partie, on présentera les lignes de la directive européenne dite « services » du 12 décembre 2006 qui doit être transposée dans les États membres avant le 28 décembre 2009.

§ 1 - Les obligations de l'entrepreneur

Elles sont au nombre de **trois** :

- exécuter la prestation commandée
- respecter le devoir de conseil et d'information
- assurer la sécurité des choses fabriquées

A. Exécution de la prestation

Distinction : au regard de la diversité des contrats d'entreprise, on doit distinguer entre ceux dont la prestation est immatérielle et ceux dont la prestation porte sur une chose corporelle.

1. Prestation immatérielle

Tout dépend de l'existence d'un aléa pour son exécution.

- Les **prestations de nature intellectuelle** (professions libérales par ex.) en comportent généralement un : l'entrepreneur n'est tenu dans ce cas que d'une **obligation de moyens** (nécessité d'apporter la preuve de sa faute pour engager sa responsabilité).
- Toutefois, les tâches à accomplir peuvent être diverses et suivant les cas, son obligation sera de moyens pour certaines, de résultat (présomption de faute) pour d'autres (ex. pour le dentiste, les soins eux-mêmes comportent un aléa mais la qualité de la prothèse qu'il pose n'en comporte aucun ; l'agence de publicité ne peut garantir la pertinence du slogan qu'elle propose mais elle en garantit l'originalité).

2. Prestation portant sur une chose

- Lorsque le travail porte sur une **chose appartenant au maître de l'ouvrage, la responsabilité est plus lourde** que dans le cas précédent : obligation de moyens renforcée emportant présomption de faute qui peut être renversée par la preuve de l'absence de faute (art. 1789) car s'entremêlent, sans qu'on puisse vraiment les distinguer, l'exécution de la prestation elle-même et l'obligation de restitution de la chose confiée qui, elle, est de résultat (alors que l'obligation de la conserver n'est que de moyens).
- Si la chose vient à périr sans faute de sa part, le propriétaire supporte cette perte (*res perit domino*) mais l'entrepreneur ne peut réclamer le paiement de sa prestation (*res perit debitori* ; art. 1790).
- Si l'entrepreneur fournit le **travail et la matière**, il est **tenu des vices** de la chose fournie à l'instar d'un vendeur.
- Il **supporte en outre les risques pour perte** de la chose sauf s'il avait mis en demeure le maître de l'ouvrage d'en prendre livraison.
- En tout état de cause, l'entrepreneur doit **respecter les délais convenus** pour la livraison de la chose.

B. Devoir de conseil et d'information

- Obligation en principe accessoire, elle est en réalité **essentielle** à l'heure actuelle pour certains contrats où elle sert de support à la responsabilité du professionnel sans qu'aucune faute ne soit prouvée.
- Obligation de moyens par excellence à l'origine, elle se transforme, face à un **entrepreneur professionnel, en obligation de résultat** emportant présomption de faute et présomption de causalité entre la faute et le dommage :
 - c'est le cas du **garagiste** dont la responsabilité sera retenue s'il n'a pas conseillé (imposé en fait) les réparations nécessaires sur le véhicule qui lui aura été confié ;
 - c'est le cas du **notaire** qui, tenu de l'efficacité des actes qu'il dresse, est réputé avoir manqué à son devoir de conseil si celui qu'il a établi emporte des conséquen-

ces juridiques non souhaitées par les clients (ce conseil est dû à toute partie à l'acte, faisant de ce devoir plus une obligation légale que contractuelle) ;
 – c'est le cas du **plombier** qui a réparé une chaudière qui a pris feu par la suite alors que la réparation n'en était pas la cause ; il aurait dû conseiller à ses clients de la changer en raison de sa vétusté.

C. Obligation de sécurité

Elle tend, elle aussi, à venir au premier plan dans la mise en jeu de la responsabilité de l'entrepreneur.

Là encore, **s'il y a un aléa, l'obligation ne sera que de moyens. En son absence, c'est une obligation de résultat**, voire, parfois, de **garantie** (qui ne cède que devant la preuve de la force majeure).

- L'aléa existe si le client a un rôle actif : le skieur qui utilise un remonte-pente, le cavalier qui emprunte un cheval pour faire une promenade (sauf s'il est inexpérimenté).
- L'aléa disparaît dans les phases passives : le même skieur sur le télésiège, le cavalier en exercice à l'intérieur d'un manège (on considère que l'exploitant a alors le contrôle des chevaux).
- Parfois, le critère n'est plus utilisé en raison de la trop grande technicité de la prestation qui efface l'incidence du rôle du client comme il en est pour la SNCF qui est tenue d'une obligation de résultat même pendant la montée et la descente du train par le passager.
- Et cette obligation spécifique de sécurité rejoint celle de la vente lorsque l'entrepreneur fournit aussi une chose ; elle est alors soumise, sous cet angle, notamment au régime des articles 1386-1 et s. (v. *supra* p. 26).

§ 2 - Les obligations du maître de l'ouvrage

Elles sont au nombre de trois :

- prendre **livraison** de la chose,
- **réceptionner** les travaux,
- **payer** l'entrepreneur.

A. Prendre livraison

Elle ne se conçoit que pour les contrats portant sur une chose.

C'est un **acte** purement **matériel**.

Il est, sauf stipulation contraire, **à la charge du maître de l'ouvrage**, ce qui correspond à la règle générale de l'article 1247 (la livraison se fait où se trouve la chose au moment de l'obligation).

Le fait pour le maître de l'ouvrage de ne pas retirer la chose dans les délais l'expose à en perdre au bout d'un an la propriété pour celles qu'il a confiées (l'entrepreneur peut être autorisé à les vendre aux enchères pour être payé).

B. Réception des travaux

- C'est un **acte juridique** par lequel le maître de l'ouvrage constate la bonne exécution des travaux commandés.

- Elle **libère l'entrepreneur des défauts apparents** des travaux, sauf les réserves qui ont pu être faites.
- Elle **transfert les risques** au maître de l'ouvrage.
- Elle lui **transfère également la garde** de la chose.
- Elle **rend exigible** le paiement du prix.

C. Paiement du prix

Hypothèses : on en distingue deux :

- Le **prix** a été **fixé dans le contrat**.

– Il a pu l'être forfaitairement (« marché à **forfait** ») et l'entrepreneur ne peut réclamer de supplément même s'il a été contraint d'effectuer des travaux non prévus par lui.

– Il a pu être fixé sur *devis*, ce qui garantit à l'entrepreneur d'être payé pour tous les travaux qui y sont mentionnés.

– Ce peut être aussi un **marché au mètre** (ou « sur série de prix »). Les travaux sont précisés mais le prix sera fixé conformément à une tarification établie par un organisme indépendant. Après leur exécution, les parties procèdent à un métrage pour appliquer ce tarif. On peut stipuler un prix maximum (le dépassement sera supporté par l'entrepreneur).

- Le prix n'a **pas été fixé dans le contrat**.

Si les parties n'arrivent pas à un accord après l'exécution des travaux, le **juge** a alors le pouvoir de le fixer lui-même en se référant aux usages, aux prix pratiqués par la profession.

§ 3 - Incidence de la directive européenne « services »

Initiée par une première tentative très mal accueillie (proposition du 13 février 2003) en ce qu'elle envisageait que tout prestataire de services reste soumis aux exigences de son pays d'origine et échappe ainsi à la réglementation en vigueur dans le pays d'intervention, la version actuelle – directive n° 2006-123 du 12 décembre 2006 (dite directive « Bolkenstein ») – est nettement en retrait.

Traçons quelques aspects de ce qu'il en sera lorsqu'elle sera transposée (la date butoir a été fixée au 28 décembre 2009 – elle ne sera sûrement pas respectée).

A. Champ d'application (article premier)

Elle s'adresse à tous les prestataires de services établis dans un État membre.

Elle ne concerne pas tous les contrats de prestation de services. Sont exclus notamment les contrats de transport, les services de soins et de santé, les notaires et les huissiers de justice (parce qu'ils sont officiers ministériels).

B. Principe de la liberté d'établissement et de circulation des prestataires

L'objectif de la directive est centré sur cette liberté d'établissement : **tout prestataire établi dans un pays membre doit pouvoir offrir ses services dans tous les**

autres États de l'Union européenne. L'entrepreneur de demain auquel le maître de l'ouvrage résidant en France s'adressera sera européen en principe, mais il ne sera pas nécessairement celui installé dans le même pays que lui.

Pour assurer cette liberté, sont très encadrées les exigences que chaque pays impose pour l'exercice de la profession, que ce soit :

- pour les autorisations nécessaires (pas de discrimination de principe, l'autorisation doit être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général et doit être proportionnelle à cet objectif d'intérêt général... art. 9 à 13) ;
- pour les exigences particulières, dont certaines sont purement interdites, telle la nationalité, le lieu du siège social, un besoin économique réel, une assurance ou des garanties particulières – art. 14 –, et d'autres qui sont soumises à évaluation de la part des États membres (vérification de leur compatibilité, de leur non-discrimination, nécessité impérieuse d'intérêt général et proportionnalité), tels les tarifs obligatoires (imposant un plancher ou un plafond), l'obligation pour le prestataire de fournir, conjointement à son service, d'autres services spécifiques.

C. Droit applicable

Question fondamentale dès lors que le prestataire peut intervenir dans n'importe quel État membre. Tenant compte de ce que le principe est, pour simplifier, l'application de la loi du pays où est établi le prestataire (Règlement Rome I du 17 juin 2008), la directive précise que :

- l'application des règles locales ne doit pas entraver l'exercice de l'activité à titre indépendant ;
- elles ne peuvent pas imposer des exigences qui restreignent l'utilisation du service fourni par un prestataire établi dans un autre État membre ;
- **mais** chaque État membre dans lequel le prestataire n'est pas établi peut « **imposer des exigences** concernant la prestation de l'activité de service lorsque ces exigences sont justifiées par des **raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement...** » (art. 16.3).

Cette dernière disposition est essentielle pour garantir au destinataire une protection minimale quant à sa sécurité et à sa santé. De telles lois pourront donc évincer la loi normalement applicable qui serait moins protectrice (mécanisme des lois de police).

La directive ne garantit pas en revanche, elle l'interdit même, une protection des professionnels nationaux contre une concurrence qui s'appuiera sur une différence entre les niveaux de vie (ce qui permet de proposer des prix plus bas).

Section 2 > LA SOUS-TRAITANCE

Elle correspond aux hypothèses où la prestation n'est pas en tout ou partie exécutée par l'entrepreneur lui-même (entrepreneur principal) mais par un tiers (sous-traitant), également entrepreneur, auquel le premier a fait appel : la sous-traitance est une **sous-entreprise**.

Elle est organisée par la **loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, concernant la sous-traitance** dans le cadre de marchés passés avec l'État, les collectivités locales, les

établissements et entreprises publiques (régime défini aux articles 4 à 10) et celle passée avec une personne privée dont le régime est défini aux articles 10 et s. C'est ce second régime dont on va préciser les grandes lignes : il tend surtout à protéger le sous-traitant contre les risques d'insolvabilité de l'entrepreneur principal.

Le régime de ce contrat comporte trois aspects essentiels : l'agrément du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, ses garanties de paiement et le régime de responsabilité.

§ 1 - L'agrément par le maître de l'ouvrage

L'agrément est indispensable pour que le sous-traitant puisse faire valoir ses droits.

Il concerne deux points :

- L'agrément doit porter **sur la personne** du sous-traitant lui-même.
- L'agrément doit aussi porter **sur les conditions du sous-traité**.

L'agrément doit résulter d'une **attitude non équivoque** du maître de l'ouvrage.

L'obtention de l'agrément est l'affaire de l'entrepreneur principal (art. 3), non du sous-traitant à qui on ne peut reprocher de ne pas s'être fait agréer.

Si le maître de l'ouvrage refuse d'agréer la sous-traitance, l'entrepreneur principal reste tenu :

- par le contrat qu'il a passé avec lui,
- et par le contrat qu'il a pu conclure avec le sous-traitant.

Mais ce dernier a le choix de poursuivre ou non l'opération : le refus lui donne un droit de retrait (art. 3, al. 2).

§ 2 - Les garanties de paiement

Elles sont de deux ordres.

A. Octroi d'une action directe en paiement

Par cette action, le sous-traitant, non payé de ses travaux, va pouvoir **agir directement contre le maître de l'ouvrage** pour être payé des travaux effectués par lui.

Elle est prévue aux articles 11 à 13.

- Elle doit être **précédée d'une mise en demeure** de l'entrepreneur principal, délivrée un mois avant et qui est restée infructueuse.

- L'action ne porte que :
 - les sommes au titre du sous-traité,
 - pour des travaux dont a été effectivement bénéficiaire le maître de l'ouvrage,
 - et dans la limite de ce que le maître de l'ouvrage doit encore à l'entrepreneur principal.

L'efficacité de l'action directe a été renforcée en jurisprudence car, dans le cas d'un concours entre un sous-traitant et un tiers qui a des droits sur la créance de l'entrepreneur principal (cessionnaire ou affactureur par exemple, bien qu'en principe, cela ne doive pas exister car une la cession n'est possible que pour des créances correspondant aux travaux faits par l'entrepreneur principal lui-même ou si un cautionnement est fourni – art. 13-1), préférence est donnée au premier.

B. Garanties de paiement

Elles sont imposées « à peine de nullité du sous-traité » (art. 14).

- Ce peut être par la souscription d'un **cautionnement** de la part d'un établissement qualifié et agréé. C'est une garantie efficace mais onéreuse (de sorte qu'elle se rencontre rarement en fait).
- Ce peut être, à défaut, par une **délégation de paiement**, faite au profit du sous-traitant, par l'entrepreneur principal auprès du maître de l'ouvrage à concurrence des prestations exécutées par le sous-traitant : l'entrepreneur, délégant, charge le maître de l'ouvrage, débiteur délégué, d'acquitter sa dette directement entre les mains du sous-traitant, délégataire.

Cette délégation permet un paiement direct comme l'action directe : elle suppose, pareillement, que le maître de l'ouvrage n'ait pas déjà payé l'entrepreneur principal.

§ 3 - Le régime de responsabilité

- Le **lien entre le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur principal** est, cela va de soi, de nature contractuelle.

Le recours à la sous-traitance ne libère pas l'entrepreneur principal de ses obligations vis-à-vis du maître de l'ouvrage : « *l'entrepreneur répond des personnes qu'il emploie* » (art. 1797).

Il répond ainsi des malfaçons dont le siège se trouve dans les travaux sous-traités avec la même rigueur que ceux qu'il a effectués lui-même.

- Le **lien entre le sous-traitant et l'entrepreneur principal** repose sur le contrat de sous-traitance qu'ils ont conclu : il est de nature contractuelle et le premier est tenu vis-à-vis du second des obligations d'un entrepreneur.

- Le **lien entre le maître de l'ouvrage et le sous-traitant** est plus complexe :
 - l'action directe ne fait pas naître un lien contractuel entre les deux ; le lien reste de **nature délictuelle pour tout ce qui concerne l'exécution des travaux** ;
 - mais pour ce qui concerne les choses qui, dans le cadre des travaux, ont été **vendues** par le sous-traitant, le maître de l'ouvrage peut se prévaloir à leur sujet des **garanties** dues par le vendeur (vices cachés, défaut de sécurité) et cette action est, sous cet angle-là, une **action directe de nature contractuelle**.

Chapitre 2 › LES CONTRATS DE CONSTRUCTION

› L'essentiel

Contrat d'entreprise très spécialisé, la réglementation se distingue tant par les types de contrats de construction qui existent que par le régime particulier de responsabilité qui pèse sur le constructeur et qui justifie qu'au-delà des techniques contractuelles empruntant leurs traits caractéristiques à divers modèles, ils soient regroupés dans le cadre d'une étude consacrée au contrat d'entreprise car cette responsabilité du constructeur est identique quel que soit le cas de figure et est rattachée, dans le Code civil, au contrat d'entreprise.

Section 1 › LES DIFFÉRENTS CONTRATS DE CONSTRUCTION

Ils sont essentiellement de trois ordres :

- la vente d'immeubles à construire ;
- le contrat de promotion immobilière ;
- le contrat de construction de maison individuelle.

§ 1 - La vente d'immeuble à construire

Comme son nom l'indique, ce type de contrat de construction emprunte à la technique de la vente ses éléments principaux.

« *La vente d'immeuble à construire est celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat* ».

« *Elle peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement [VEFA]* » (art. 1601-1 C. civ., reproduit in art. L. 216-1 CCH).

Vente à terme ou VEFA, la conclusion du contrat est soumise à un régime identique dont l'essentiel est précisé dans le Code de la construction et de l'habitation (art. L. 261-1 et s.). Les effets en diffèrent parfois.

Le régime défini est **impératif dans le secteur protégé** (immeuble à usage d'habitation ou mixte **et** versements de sommes d'argent par l'acquéreur avant l'achèvement de la construction). Il est supplétif dans les autres cas.

A. La conclusion du contrat

Elle se fait en deux temps.

1. La conclusion d'un contrat préliminaire

C'est un « *contrat par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble* » (art. L. 261-15 CCH).

Ce contrat (dit aussi contrat de réservation) précède la conclusion du contrat définitif. Il assure au constructeur un nombre suffisant d'acquéreurs avant de commencer l'opération immobilière.

Aucun autre avant contrat ne peut être signé si on est dans le secteur protégé.

- Ce contrat est nécessairement un **écrit** car il doit comporter des **indications essentielles** : consistance de l'immeuble, qualité de la construction, délais d'exécution des travaux, consistance, situation et prix (prévisionnel) du local réservé (art. L. 261-15, al. 2, CCH).
- Les fonds déposés (5 % maximum si la réalisation doit intervenir dans l'année, 2 % si c'est dans les deux ans et aucun dépôt pour un délai plus important – art. R. 261-28) sont **indisponibles, incessibles et insaisissables** jusqu'à la conclusion de la vente.
- Le non-respect de ces dispositions entraîne la **nullité** du contrat préliminaire et la restitution des sommes versées au réservataire.

2. La conclusion du contrat de vente

- C'est nécessairement un **acte authentique** (art. L. 261-11 CCH) à peine de nullité.
- Il doit obligatoirement comporter des **mentions** relatives à :
 - la description de l'immeuble vendu,
 - le prix (définitif) et les modalités de paiement,
 - le délai de livraison,
 - la garantie d'achèvement ou remboursement des versements en cas de résolution.

B. Régime juridique

Trois aspects essentiels le dominant :

- le transfert de propriété,
- le paiement du prix,
- la garantie d'achèvement ou de remboursement,

1. Le transfert de propriété

Distinction :

a) Dans le cas d'une VEFA

Le transfert de propriété a lieu **au fur et à mesure** de l'avancement des travaux par application du principe de **l'accession** : « *la vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère **immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol** ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la **propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution...*** » (art. 1601-3 C. civ.).

b) Dans le cas d'une vente à terme

Le **transfert de propriété est retardé au jour de l'achèvement** des travaux : « *la vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert s'opère de plein droit par la **constatation par acte authentique** de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets **rétroactivement** au jour de la vente* » (art. 1601-2 C. civ.).

2. Le paiement du prix

Le prix, qui figure nécessairement dans le contrat de vente d'immeuble à construire, doit être déterminé ou déterminable. Comme le contrat est conclu avant l'achèvement

des travaux, l'article L. 261-11 du Code de la construction et de l'habitation admet la possibilité d'une **clause de révision**, dont l'indice de référence est obligatoirement l'indice INSEE du coût de la construction (BT 01 – art. L. 261-11-1 et R. 261-15).

a) Échelonnement

Les modalités de paiement sont très encadrées.

- **Aucun versement**, autre que le dépôt de garantie, ne peut être exigé **avant** la signature du contrat de **vente**.
- **Après la signature**, le paiement est échelonné en fonction de l'avancement des travaux. Il ne peut excéder :
 - 35 % à l'achèvement des travaux,
 - 70 % à la mise hors d'eau,
 - 95 % à l'achèvement de l'immeuble,
 - le solde est versé à la remise du local à l'acquéreur sauf malfaçons où il sera consigné.

b) Destinataire des fonds

- Dans la **VEFA**, c'est le **vendeur** lui-même qui reçoit les fonds (en contrepartie du transfert de propriété au fur et à mesure de l'avancement des travaux).
- Dans la **vente à terme**, ils sont versés sur un **compte spécial** et ils sont indisponibles, incessibles et insaisissables. Ces sommes peuvent servir de garantie pour l'obtention d'un prêt (**gage espèces**).

c) Sanctions en cas de défaut de paiement

- S'il y a une **clause résolutoire** insérée dans le contrat, elle ne peut produire effet qu'**un mois après la sommation** ou le commandement de payer (art. L. 261-13 CCH).
- Ce mois permet à l'acquéreur de pouvoir éventuellement saisir le juge pour obtenir un **délai de grâce** (art. 1244-1 C. civ.).
- Si le contrat comporte une **clause pénale**, son montant est doublement **limité** : l'intérêt de retard ne peut dépasser 1 % de l'échéance impayée (art. R. 261-14, *in fine*, CCH) ; les dommages-intérêts forfaitaires sont plafonnés à 10 % du prix.

3. La garantie d'achèvement ou de remboursement

Elle n'existe que pour la VEFA où l'acquéreur court le risque d'être propriétaire d'un immeuble inachevé et de devoir faire appel à un tiers qui ne sera pas tenu de respecter le prix fixé initialement.

La garantie prévue est alternative (la substitution de l'une à l'autre étant possible en cours de contrat – art. R. 261-23 CCH) :

- la garantie d'achèvement,
- la garantie de remboursement.

a) La garantie d'achèvement

Cas : selon l'article R. 261-17 du Code de la construction et de l'habitation, elle se double : soit elle résulte des conditions propres à l'opération, soit elle est fournie par un professionnel.

1. La garantie intrinsèque d'achèvement. Elle correspond aux cas où les versements de fonds par l'acquéreur sont en retard par rapport à l'avancement des travaux : les

sommes dont l'acquéreur est encore débiteur étant supérieures à la valeur des travaux restant à effectuer, elles sont présumées suffisantes pour assurer l'achèvement de ceux-ci.

Des hypothèses sont précisées à l'article R. 261-18 :

- si l'immeuble est hors d'eau et qu'il n'est grevé d'aucun privilège ou hypothèque ;
- ou si les fondations étant achevées, 75 % du financement provient soit de fonds propres du vendeur, soit du produit des ventes déjà effectuées.

2. La garantie extrinsèque d'achèvement. Elle est imposée si les avances faites par l'acquéreur sont supérieures à l'avancement des travaux.

La garantie est alors **donnée par un tiers professionnel** (établissement financier, d'une compagnie d'assurance ou d'un organisme de caution mutuelle) qui s'engage, soit par une ouverture de crédit, soit par un cautionnement (art. R. 261-21 CCH) :

- c'est en réalité une garantie autonome (v. art. 2321 C. civ.) selon la jurisprudence
- à verser les fonds nécessaires pour l'achèvement de la construction.

Cette garantie est désormais la seule possible également lors de la vente d'un bien immobilier dans lequel le vendeur s'est engagé à faire des travaux, quelle que soit l'importance de ceux-ci.

b) La garantie de remboursement

- Elle provient nécessairement d'un des **professionnels** qu'on vient de citer et assure à l'acquéreur d'être remboursé des avances faites par lui.
- C'est nécessairement un **cautionnement**.
- Elle est mise en jeu après la résolution (amiable ou judiciaire) de la vente pour défaut d'achèvement.

§ 2 - Le contrat de promotion immobilière

« Le contrat de promotion immobilière est un **mandat d'intérêt commun** par lequel une personne dite « promoteur immobilier » s'oblige envers le maître de l'un ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la **réalisation d'un programme de construction** d'un ou plusieurs édifices ainsi qu'à procéder par elle-même ou faire procéder, moyennant une rémunération convenue, à tout ou partie des opérations juridiques, administratives et financières concourant au même objet... » (art. 1831-1 C. civ.).

Dans cette hypothèse, le maître de l'ouvrage est **propriétaire du terrain** (à défaut, il faut recourir à une vente d'immeuble à construire).

A. La conclusion du contrat

- Il faut obligatoirement, sous peine de nullité relative (seul le maître de l'ouvrage peut l'invoquer), qu'un **écrit** soit établi avant l'exécution des opérations de construction, mais des études préliminaires peuvent être faites sans écrit préalable.
- Cet écrit doit comporter les **énonciations essentielles** : situation du terrain, caractéristiques de la construction, devis descriptifs, prix convenu, financements, rémunération du promoteur, délai d'exécution et garantie (art. L. 222-3 CCH).

- Le contrat de promotion immobilière est imposé si le terrain appartient à une société d'attribution chargée de faire construire pour le compte des associés et qui leur donne droit, au moment de l'achèvement de la construction et de la liquidation de la société, à l'attribution en propriété d'une partie de l'immeuble construit.
- Ce contrat est hétérogène : mandat pour les opérations juridiques nécessaires à la réalisation de l'objet (sur la qualification d'intérêt commun – v. *infra* p. 77), il est pour l'essentiel un contrat d'entreprise, ce qui explique que la responsabilité du promoteur est celle d'un constructeur.

B. Les obligations des parties.

1. Les obligations du promoteur

a) Les prestations

- Son obligation principale porte sur la **mission** qui lui a été confiée (le « *mandat* ») qui est de faire exécuter et de livrer dans les délais précisés l'ouvrage commandé.
- Il est tenu par le **prix fixé**. Tout supplément reste à sa charge (ce qui démontre qu'il n'est pas un véritable mandataire qui a droit à l'entier remboursement de ses dépenses).
- Il doit **rendre des comptes** et justifier de l'emploi des sommes. Si le coût de l'opération est moindre que ce qui était prévu, il en doit le remboursement au maître de l'ouvrage.
- Il répond de ses **fautes**, dans les mêmes conditions que tout mandataire (v. *infra* p. 75).

b) Les garanties

- Il doit fournir une **garantie financière** de livraison.
Cette garantie est nécessairement une garantie extrinsèque d'achèvement.
- Pèse sur lui une **lourde responsabilité**, celle des constructeurs (v. *infra* section 2).

2. Les obligations du maître de l'ouvrage

a) Obligations vis-à-vis des entrepreneurs

- Le promoteur a fait appel à eux sur le fondement du mandat donné à cet effet par le maître de l'ouvrage.

Dès lors, et par l'effet de **représentation du mandat** (v. *infra* p. 73), celui-ci est le cocontractant de ces entrepreneurs et **est tenu par les termes des contrats signés** en son nom.

- Si le promoteur n'a pas respecté les termes du contrat de promotion et qu'il s'ensuit des interventions plus onéreuses que le prix global prévu par le contrat de promotion immobilière, ils ne peuvent en demander la différence au maître de l'ouvrage car ils ont l'obligation de s'informer sur les conditions de l'opération (prix global et engagements déjà pris – art. R. 222-6 CCH).

b) Obligations vis-à-vis du promoteur

- Le maître de l'ouvrage doit **payer le prix de la construction**
Aucun versement, quel qu'il soit, n'est possible avant la signature du contrat.
Après la signature, ils sont faits au fur et à mesure de l'avancement des travaux, mais ils ne peuvent dépasser 15 % à l'achèvement des fondations et 70 % à la mise hors d'eau.
- Il doit en outre **rémunérer le promoteur** selon une stipulation spécifique dans le contrat.

Cette rémunération suit également l'avancement des travaux (art. R. 222-8 CCH) : 10 ou 25 % de son montant, suivant qu'il y a eu ou non des études préliminaires, au moment de la signature du contrat ; 50 % de son montant à la mise hors d'eau ; 70 % de son montant à l'achèvement des travaux d'équipement ; 90 % de son montant à la livraison du bâtiment au maître de l'ouvrage.

Le solde est consigné sauf si le promoteur a fourni le cautionnement d'un professionnel.

Sanctions : s'il y a une clause résolutoire, elle est soumise aux mêmes règles que la vente d'immeubles à construire (art. L. 222-4 CCH).

§ 3 - Le contrat de construction de maison individuelle

C'est le contrat de construction qui affiche le plus clairement son appartenance à la famille des contrats d'entreprise.

Il s'applique à « *toute personne qui se **charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation** ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation **ne comportant pas plus de deux logements** destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer...* » (art. L. 231-1 CCH).

Ce contrat concerne aussi les hypothèses de construction d'un bien sans fourniture de plan (art. L. 232-1).

La **réglementation est d'ordre public** pour lutter contre de nombreux abus : elle a pour objectif de protéger les candidats acquéreurs qui sont en général dans une situation économique fragile (revenus modestes).

A. La réglementation du contrat

1. Énonciations du contrat

Les exigences légales sont particulièrement précises pour les contrats avec fourniture de plan.

- Elles portent sur les **mentions** qui doivent y figurer à peine de nullité du contrat (11 rubriques imposées dans l'article L. 231-2 CCH) : cela va de la désignation du terrain, la consistance et les caractéristiques techniques de la construction, le coût, les modalités de règlement, au permis de construire, la date d'ouverture du chantier, le délai d'exécution, les justificatifs des garanties.
- Une attention particulière est portée sur l'**indication des travaux** qui seront **pris en charge par le constructeur**, compris dans le prix forfaitaire, et le coût des travaux dont le maître de l'ouvrage se réserve l'exécution (point devant faire l'objet d'une mention manuscrite de sa part), étant précisé qu'il dispose d'un délai de quatre mois pour demander au constructeur de les assurer à sa place au prix indiqué dans le contrat (art. L. 231-7 CCH).
- Le maître de l'ouvrage est obligé de souscrire une **assurance dommages-ouvrages** sous peine de nullité du contrat.
- L'article L. 231-3 du Code de la construction et de l'habitation énumère les clauses réputées non écrites (aucun mandat au constructeur pour rechercher le financement,

aucune responsabilité du constructeur qui n'a pas respecté les délais, interdiction de subordonner la remise des clefs au paiement intégral du prix...).

2. Exécution du contrat

- Lorsque le constructeur fournit aussi le plan, les versements que doit faire le maître de l'ouvrage au constructeur sont soigneusement réglementés car ils résultent en général de prêts bancaires :
 - aucun mandat ne peut être conféré au constructeur pour percevoir le montant de ces prêts ;
 - les paiements faits par le banquier au constructeur au fur et à mesure de l'avancement des travaux requièrent l'accord écrit du maître de l'ouvrage (là encore, ces versements sont plafonnés, v. art. R. 231-7 CCH).
- La réception des travaux se fait selon deux modalités (art. L. 231-8 CCH) :
 - soit avec l'assistance d'un professionnel,
 - soit le maître de l'ouvrage a un délai de huit jours après la remise des clefs pour dénoncer les vices apparents qu'il n'avait pas signalés lors de la réception.

B. Les garanties

1. La garantie de livraison

- Elle couvre la période qui va de l'ouverture de chantier à la réception des travaux.
- La garantie est, dans le contrat de construction de maison individuelle, nécessairement une garantie extrinsèque d'achèvement. Elle comprend notamment :
 - le coût des dépassements nécessaires à l'achèvement de la construction ;
 - les pénalités forfaitaires pour retard de livraison de plus de trente jours.
- Elle est mise en œuvre après une procédure qui passe par une mise en demeure du constructeur avant de désigner la personne qui y sera substituée.

2. Le contrôle de l'établissement financier prêteur

La règle est originale. Le législateur a délégué à l'établissement financier dispensateur de crédit le **soin de vérifier la conformité** aux exigences légales (art. L. 231-2 CCH) du contrat de construction pour lequel un prêt est sollicité (art. L. 231-10 même Code) et de se faire communiquer l'**attestation de garantie de livraison**.

L'établissement de crédit est en outre tenu pour responsable, en cas de défaillance du constructeur, du **non-respect des pourcentages maximum des versements** au fur et à mesure des travaux (v. art. R. 231-7) si cela résulte d'une clause irrégulière du contrat.

La banque est ainsi le garant de la bonne conduite des constructeurs.

Section 2 › LA RESPONSABILITÉ DU CONSTRUCTEUR

C'est une **responsabilité lourde** qui pèse sur le constructeur, dont le régime est particulier et peut être invoqué, nonobstant les dispositions sur la responsabilité du producteur organisée par les articles 1386-1 et suivants (art. 1386-18).

§ 1 - Nature de la responsabilité.

- C'est une responsabilité de **plein droit**. On parle à son propos de garantie du constructeur.
- Elle ne repose pas sur une présomption de faute mais sur une présomption d'imputabilité. Le bénéficiaire n'a qu'une preuve à rapporter : l'existence de malfaçons.
- Elle s'applique dans les rapports :
 - maître de l'ouvrage et entrepreneurs,
 - entrepreneur et sous-traitant.
- Le constructeur ne peut en être **exonéré que par la preuve de la « cause étrangère »**, c'est-à-dire la force majeure (fait de la nature – mais les vices du sol n'en sont pas –, cas fortuit ou fait d'un tiers) ou par la preuve de l'immixtion du maître de l'ouvrage (et à condition que ce dernier soit notoirement compétent).
- C'est une **responsabilité d'ordre public** : *« toute clause d'un contrat qui a pour objet soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévues aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4 est réputée non écrite »* (art. 1792-5 C. civ.).

§ 2 - Les conditions de la responsabilité

A. Conditions quant aux personnes

1. Le responsable

- C'est le constructeur.
- « *Est réputé constructeur de l'ouvrage :*
 - 1° *Tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage ;*
 - 2° *Toute personne qui vend, après achèvement, un ouvrage qu'elle a construit ou fait construire ;*
 - 3° *Toute personne qui, bien qu'agissant en qualité de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, accomplit une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage ».*

2. Le bénéficiaire

- C'est le maître de l'ouvrage.
- C'est l'acquéreur ou le sous-acquéreur de l'immeuble (dès lors que l'action en garantie n'est pas encore prescrite).
- Mais ce ne sont pas les tiers (tel le locataire du propriétaire de l'immeuble) qui doivent se placer sur le terrain délictuel (art. 1382, voire 1386, C. civ. – responsabilité du propriétaire pour les dommages du fait de la ruine de son immeuble).

B. Conditions quant aux dommages

Ils sont de deux ordres pour la responsabilité du constructeur (art. 1792 C. civ.).

- Il y a ceux « *qui **compromettent la solidité de l'ouvrage** ou qui, l'affectant dans un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* » (art. 1792).

- La présomption de responsabilité concerne également « *les dommages qui affectent la **solidité des éléments d'équipement** d'un « ouvrage », mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert* » (art. 1792-2).
- Les autres éléments d'équipement font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement.

Parallèlement, le constructeur est tenu :

- de la garantie de **parfait achèvement** qui concerne tous les désordres signalés lors de la réception ou notifiés après au constructeur,
- sans oublier la **responsabilité de droit commun** pour faute contractuelle.

Il faut en outre préciser que les **dommages intermédiaires**, ceux qui portent sur des éléments constitutifs de l'ouvrage sans en compromettre la solidité, ou tout désordre qui ne concerne pas l'ouvrage lui-même (canalisations ou emplacements de stationnement extérieurs) relèvent de la **responsabilité de droit commun**.

C. Les délais pour agir

Ils sont multiples. Chaque source de responsabilité a son propre délai.

- La **garantie d'achèvement** doit être mise en œuvre dans le délai d'**un an**.
- La **garantie de bon fonctionnement** est de **deux ans**.
- La garantie concernant les **désordres affectant la solidité des éléments d'équipement** et celle concernant les **désordres compromettant la solidité de l'ouvrage** doivent être mises en œuvre dans les **dix ans**.
- Les **autres actions en responsabilité** contre le constructeur se prescrivent par **dix ans**.

Tous ces délais ont le **même point de départ** : la **date de réception** des travaux.



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- > L'obligation d'information de l'entrepreneur
- > L'action directe en paiement du sous-traitant
- > Les garanties dans les ventes d'immeubles à construire
- > Les obligations du maître de l'ouvrage dans le contrat de promotion immobilières
- > La responsabilité du constructeur : dommages couverts et délais pour agir

Dissertation :

- > La responsabilité de l'entrepreneur : obligation de garantie, de résultat, de moyens ?



Titre 2

LE MANDAT

Le mandat est « *un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant en son nom* » (art. 1984 C. civ.).

Le mandat était au départ le service d'ami : c'est le **contrat *intuitu personae*** par excellence et le Code civil le présume **gratuit** (art. 1986).

Il est devenu aujourd'hui l'affaire du **professionnel** pour lequel la présomption de gratuité ne joue plus.

Le rôle du mandat s'est aussi élargi pour faciliter la mise en place d'opérations reposant à titre principal sur d'autres contrats : le mandat est le « contrat à tout faire » (Ph. Le Tourneau) du droit moderne.

Après avoir exposé les règles de droit commun, on verra des illustrations particulières de la technique du mandat : l'agent immobilier et le mandat de protection future.

Chapitre 1 > LE DROIT COMMUN DU MANDAT

> L'essentiel

Opération conclue pour le compte d'un autre, le mandat ne doit pas être confondu avec des contrats qui ont aussi cet objet.

- **Ce n'est pas un contrat de commission** car le commissionnaire (en douane, de transport par ex.) agit en son nom (et non au nom de celui qui fait appel à ses services), même si son rôle d'intermédiaire est parfaitement connu des tiers avec lesquels il contracte. Il est engagé personnellement mais le commettant (celui pour lequel il agit) a un droit direct contre le tiers contractant s'il avait connaissance de l'existence de la commission.

- **Ce n'est pas non plus un contrat de prête-nom** par lequel une personne (« homme de paille ») agit au nom d'une autre sans révéler sa qualité d'intermédiaire mais à laquelle elle va ensuite rétrocéder le bénéfice du contrat (double mutation). Si les tiers apprennent l'identité du donneur d'ordre, ils peuvent agir contre lui.

- **Ce n'est pas davantage une déclaration de command** qui se pratique surtout dans les ventes immobilières car dans celle-ci, bien que l'interposition de personne ne soit pas occulte, le nom du command n'est pas révélé au moment de la conclusion du contrat. Elle doit l'être dans les 24 heures de celle-ci sinon fiscalement, il y a alors double mutation (et donc double perception de droits).

- **Ce n'est pas enfin un courtage** dans lequel le courtier se borne à rapprocher les deux parties mais ne conclut pas de contrat à leur place (ex. courtage matrimonial). L'étude du mandat portera sur :

- sa forme,
- ses effets,
- les causes de son extinction.

Section 1 > LA FORME DU MANDAT

§ 1 - Contrat consensuel ou nécessité d'un écrit ?

- Le mandat est en principe un **contrat consensuel**.
- Mais on applique pour lui le **parallélisme des formes** : si le contrat pour lequel mandat est donné requiert, pour sa validité, un écrit, voire un acte notarié (ex. constitution d'une hypothèque pour une personne physique), le mandat doit avoir la même forme.
- L'écrit est parfois exigé pour certains **mandats spécifiques** (ex. celui de l'agent immobilier ; v. *infra* p. 80).

§ 2 - Mandat exprès ou mandat tacite ?

- Si le mandat porte sur des **actes d'administration**, il peut n'être que **tacite**.

- Parfois, la loi pose une présomption de mandat tacite (rapports entre époux, entre coindivisaires).
- Mais dès lors qu'il s'agit « *d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être **exprès*** » (art. 1988, al. 2 C. civ.).

§ 3 - Mandat général ou mandat spécial ?

- Le mandat est « **général... pour toutes les affaires du mandant** » (art. 1987)
- « *Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse **que les actes d'administration*** » (art. 1988). Ce type de mandat est en général tacite.
- Le mandat est **spécial** « *pour une affaire ou certaines affaires seulement* » (art. 1987). Il concerne donc des actes limitativement précisés. Il est souvent exprès (sans que cela soit indispensable).

Section 2 > LES EFFETS DU MANDAT

L'effet essentiel du mandat est la représentation qui fait du mandant le cocontractant du tiers.

La mission dévolue au mandataire par le mandat suppose de part et d'autre le respect d'obligations déterminées.

§ 1 - La représentation du mandataire

Affirmer que le mandat opère une représentation implique deux conséquences :

- le mandant est le cocontractant du tiers ;
- le mandataire n'a pas de lien de droit avec le tiers.

A. L'engagement du mandant dans les termes du contrat

Comme toute partie à un contrat et bénéficiaire des éventuelles créances que ce contrat fait naître et qui tombent dans son patrimoine, le mandant est tenu d'en respecter les conditions telles qu'elles ont été acceptées en son nom par le mandataire. Toutefois, des garde-fous sont prévus pour que le mandant ne soit pas tenu au-delà de ce qui était prévu dans le mandat.

- **Le dépassement de pouvoirs** (acte non prévu dans le mandat) par le mandataire n'engage pas le mandant s'il porte sur des actes pour lesquels un mandat exprès était nécessaire car le tiers aurait dû vérifier les pouvoirs du mandataire.
- **Le détournement de pouvoirs** (acte accompli dans une autre finalité que celle prévue) suppose, pour que le mandant ne soit pas tenu, que le tiers soit de mauvaise foi.
- **L'absence de pouvoirs** (acte fait sans mandat) libère le mandant de toute obligation. L'acte lui-même est nul.

Il faut réserver la **possibilité de faire application de la théorie de l'apparence** qui, si les conditions sont réunies (croyance légitime du tiers dans les pouvoirs du représentant), engagera le « mandant » dans les termes du contrat conclu. **Le mandat**

apparent, qui laisse aux juges un large pouvoir d'appréciation quant à la légitimité de l'erreur du tiers (on tient compte de ses compétences – profane ou non –, de la nature de l'acte – gratuit ou à titre onéreux –, et de la qualité professionnelle ou non de l'intermédiaire), peut conduire à une véritable expropriation privée du titulaire du droit qui va devoir le céder. Il ne dispose alors que d'un recours en responsabilité (contractuelle si c'est un dépassement de pouvoirs, délictuelle en cas d'absence de mandat) contre l'intermédiaire.

B. Absence de lien juridique entre le mandataire et le tiers

- N'étant pas partie juridiquement au contrat, **le mandataire ne peut être tenu des obligations contractées** au nom du mandant.
- S'il commet des fautes dans l'exercice de son mandat et que le tiers en subit un préjudice, sa **responsabilité peut être recherchée par ce dernier sur le terrain délictuel** (art. 1382).
- Si le mandataire est un professionnel, la jurisprudence retient facilement sa responsabilité (défaut de conseil vis-à-vis du tiers, efficacité des actes qu'il conclut ès qualités).

§ 2 - Les obligations des parties au mandat

A. Les obligations du mandant

Le mandat est un contrat unilatéral s'il est gratuit. Il n'engendre alors qu'une obligation accessoire de remboursement et en indemnisation des pertes subies par le mandataire. Mais il est synallagmatique s'il est onéreux, ce qui est le cas lorsque le mandataire est un professionnel.

1. Le remboursement des dépenses

- Le mandat a l'obligation de rembourser le mandataire de ses « **avances et frais** » (art. 1999 C. civ.).
- L'obligation de remboursement ne dépend pas de la réussite de la mission.
- Elle existe quel que soit le montant de ces frais.
- Cette règle trouve à s'appliquer en présence d'un **sous-mandat** (ce qui est licite, art. 1994). Le mandataire peut agir contre le mandant en remboursement de ses frais sans que ce dernier puisse lui opposer le fait qu'il a déjà indemnisé le mandataire initial de ses propres frais.

2. L'indemnisation des pertes

- Le mandant a l'obligation d'**indemniser les pertes subies** par le mandataire (art. 2000).
- Cette obligation s'applique pour les pertes de gestion dans le cadre d'une activité professionnelle, même pour celles qui sont imprévisibles.
- Mais **la règle n'est pas d'ordre public** et les parties peuvent l'exclure par une clause explicite (portant clairement sur la question des pertes), sans que celle-ci puisse couvrir les pertes dues à une faute du mandant.
- L'indemnisation est exclue en cas d'imprudence prouvée du mandataire.

3. Le règlement des honoraires

La rémunération du mandataire est présumée dès lors que c'est un professionnel. Elle doit être stipulée dans les autres cas.

- La rémunération peut être soit **forfaitaire**, soit fixée selon un **pourcentage** du montant de l'opération, avec la possibilité de la faire dépendre du succès de celle-ci.
- Elle peut être **fixée à l'avance** mais ce n'est pas une condition de validité du contrat et elle peut donc être **fixée après l'exécution de la mission**. Dans le premier cas, elle peut être réduite par le juge si elle apparaît excessive.
- Elle est **due que la mission soit ou non couronnée de succès**. Mais la faute du mandataire peut justifier qu'elle soit réduite, voire, selon les cas, exclue.
- Le mandataire dispose, pour se faire payer, d'un **droit de rétention** sur les choses appartenant au mandant et qui seraient entre ses mains.

B. Les obligations du mandataire

Le Code civil en prévoit deux que la jurisprudence a développées.

1. L'exécution de la mission

Elle suppose :

- l'exécution de la **prestation même prévue** au mandat et conformément aux instructions données ;
- une **loyauté** de la part du mandataire qui doit veiller aux intérêts de son mandant, ce qui lui interdit de se porter contrepartie à l'opération (il ne peut acquérir ainsi le bien qu'il a pour charge de vendre) ;
- un **devoir de conseil** au profit du mandant lorsque le mandataire est un professionnel (en principe, obligation de moyens, mais la faute est souvent présumée). Dans le cadre de cette obligation, le mandataire répond de sa **faute** (art. 1992, al. 1^{er}).

- Elle est appréciée plus sévèrement si le mandataire est rémunéré.
- En fait, dans ce cas de figure, l'échec de la mission fait présumer une faute.
- Si l'accomplissement de la mission n'est pas affecté d'un aléa, le mandataire ne peut être exonéré que par la preuve de la force majeure, sauf s'il a garanti le résultat (engagement de du croire), auquel cas il ne peut jamais être exonéré.
- Dans le cas où la mission est empreinte d'un aléa, la preuve d'une absence de faute de sa part suffit à l'exonérer.
- L'appréciation de l'existence d'un aléa est plus sévère lorsque le mandataire est un professionnel.

2. La reddition des comptes

« Tout mandataire est **tenu de rendre compte de sa gestion** et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant » (art. 1993).

Le mandataire ne peut s'enrichir (autrement que par son éventuelle rémunération) du fait de l'exécution du mandat : les encaissements et les dépenses doivent être détaillés.

Elle concerne également la restitution de tout ce que le mandant avait pu confier au mandataire pour l'exécution de la mission (documents par ex.).

Le mandant peut en **dispenser** le mandataire. Cette dispense peut même être **tacite** et résulter des circonstances de la cause : des liens particuliers unissant les parties peuvent ainsi justifier une telle dispense, tels ceux qui unissent des époux sans que l'on puisse généraliser à toute forme de vie commune.

Si le mandataire a profité de l'encaissement de sommes d'argent, il en doit l'intérêt à son mandant du jour de cet emploi (art. 1996), ce qui n'exclut pas des dommages-intérêts supplémentaires s'il est de mauvaise foi et si le mandant en a subi un préjudice que l'intérêt seul ne peut compenser.

Section 3 › L'EXTINCTION DU MANDAT

L'article 2003 du Code civil prévoit trois causes d'extinction du mandat, les deux premières relevant de la volonté de l'une ou l'autre partie, la dernière dépendant d'un événement objectif :

- la révocation du mandataire,
- la renonciation du mandataire au mandat,
- la mort ou l'incapacité de l'une des parties.

§ 1 - L'extinction par la volonté des parties

Lorsqu'il est à **durée indéterminée**, l'interdiction des engagements perpétuels oblige à admettre la possibilité pour l'une ou l'autre partie de pouvoir y **mettre fin unilatéralement**.

Si le mandat est à **durée déterminée**, en revanche, celui-ci ne devrait prendre fin qu'à l'**arrivée du terme**, sauf prorogation voulue par les parties ou sauf dispositions législatives contraires.

Malgré tout, à durée déterminée ou indéterminée, le mandat reste par principe révocable dès lors que l'une des parties veut en être déliée.

Ce principe connaît un aménagement dans le cas où le mandat serait irrévocable.

A. La résiliation unilatérale du mandat

1. La renonciation par le mandataire

L'article 2007 du Code civil, qui en admet le principe sous réserve d'une notification faite au mandant, précise cependant que le mandataire devra **indemniser** le mandant du préjudice qu'il en résulterait pour lui, « *à moins que celui-ci [le mandataire] ne se trouve dans l'impossibilité de continuer le mandat sans éprouver lui-même un préjudice considérable* » (al. 2).

2. La révocation du mandataire

Elle est possible au regard de la nature foncièrement *intuitu personae* du mandat : le mandat ne peut survivre à la disparition de la confiance.

- La révocation n'a pas à être justifiée : elle se fait **ad nutum**.

- Le mandataire, sauf statuts légaux spécifiques, n'a **pas le droit à indemnisation** du fait de cette révocation, sauf abus de droit du mandant.
- Elle ne prend effet vis-à-vis des tiers que du jour où ils en ont connaissance (art. 2005).

B. Tempéraments à la libre révocation

Ils sont de deux types mais en aucun cas, on ne peut faire obstacle à la révocation du mandat : la confiance sur laquelle ce contrat repose interdit de forcer la volonté du mandant qui ne veut plus être représenté par le mandataire. Simplement, le mandant devra alors **indemniser** le mandataire du préjudice subi par celui-ci.

1. Le mandat stipulé irrévocable

La clause d'irrévocabilité peut être insérée dans un mandat, à condition qu'il soit à **durée déterminée** et sous réserve, pour certains mandats particuliers, de dispositions législatives la prohibant.

- Le **droit à indemnisation du mandataire** n'est alors pas contestable si le mandant ne respecte pas la clause.
- Il cesse cependant en présence d'une faute du mandataire ou d'un événement de force majeure.

2. Le mandat d'intérêt commun

Construction prétorienne, cette qualification conduit à imposer au mandant qui ne veut plus de son mandataire une indemnisation au profit de ce dernier.

Elle est retenue pour des mandats à durée déterminée ou à durée indéterminée.

La **notion d'intérêt commun** (appréciée par les juges) suppose :

- que les deux parties aient **l'une et l'autre un intérêt à la réalisation** de l'opération,
- étant précisé que cet intérêt pour le mandataire, n'est pas dans la rémunération qu'il perçoit,
- **l'affaire commune**, telle l'indivision, est un exemple qui a été retenu en jurisprudence, ou encore le contrat de promotion immobilière (art. 1831-1, v. *supra* p. 65),
- le **développement d'une clientèle** commune l'est également comme il a été longtemps décidé pour les agents commerciaux avant que la loi (Décr. n° 58-1345 du 23 décembre 1958, puis L. n° 91-593 du 25 juin 1991 – v. art. L. 134-4 C. com.) n'en fasse une qualification législative et comme c'est le cas actuellement pour le mandat conclu entre la société de presse et son diffuseur.

L'indemnité n'est pas due si :

- le mandataire a commis une **faute** ;
- il existe une **cause légitime**, celle-ci pouvant trouver sa source dans la réorganisation de l'entreprise ;
- une **clause** insérée au contrat prévoyant **expressément** une révocation sans indemnité.

§ 2 - L'extinction en raison d'un événement objectif

A. Le décès

Selon l'article 2003 du Code civil, il emporte **extinction du mandat, qu'il soit le fait** de l'une ou l'autre partie.

Si celui-ci envisage aussi la mort civile des parties, ce n'est que par anachronisme puisque celle-ci a été abolie par une loi du 31 mai 1934.

1. Le décès du mandant

- Le décès du mandant ne dispense pas le mandataire « *d'achever la chose commencée au décès du mandant, s'il y a péril en la demeure* » (art. 1991).
- De même, « *si le mandataire ignore la mort du mandant..., ce qu'il a fait dans cette ignorance demeure valide* » (art. 2008).

2. Le décès du mandataire

- Il entraîne pareillement l'extinction du mandat car le contrat est conclu *intuitu personae* et ne se transmet pas aux héritiers.
- Mais les héritiers « *doivent en donner avis au mandant et pourvoir, en attendant, à ce que les circonstances exigent pour l'intérêt de celui-ci* » (art. 2010).
- Les parties peuvent néanmoins stipuler que le mandat ne s'éteindra pas à la mort du mandataire, ce qui obligera ses héritiers à poursuivre son exécution.

B. L'incapacité

L'article 2003 vise l'incapacité du mandant ou du mandataire majeur mis en tutelle comme cause d'extinction du mandat (v. cependant, pour une exception, le mandat de protection future prenant effet au jour où survient l'incapacité – art. 477 C. civ., v. *infra* p. 82 et 83).
La règle s'applique également aux mandats de nature irrévocable.

C. La procédure collective

Là encore, l'article 2003 en parlant de *déconfiture* apparaît d'un autre temps. En fait, la règle est un peu plus complexe que ne le laisse supposer le texte. Il n'y a **pas de cause automatique de résiliation** des contrats du fait de la survenance d'une procédure collective. Tout dépend si l'administrateur, dans la période d'observation, décide ou non de poursuivre le mandat (art. L. 622-13 C. com.). Puis, suivant l'option prise, redressement ou liquidation judiciaire, le sort du mandat suit celui des contrats de l'entreprise : maintenu en principe dans le premier cas mais exécuté sous l'égide de l'administrateur, il est logiquement résilié dans le second, sauf s'il fait partie des éléments d'actifs cédés à un tiers.

Chapitre 2 > MANDATS PARTICULIERS

> L'essentiel

Parmi les différentes variétés de mandats qui font l'objet d'une réglementation spécifiques, on en retiendra deux, l'un parce qu'il est en liaison étroite avec la conclusion d'une vente immobilière vue plus haut, l'autre, récemment introduit en droit français, pour les dérogations importantes qu'il apporte aux principes de base du mandat.

Section 1 > LE MANDAT DE L'AGENT IMMOBILIER

La profession d'agent immobilier est réglementée par la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 (« loi Hoguet ») et son décret d'application n° 72-678 du 20 juillet 1972.

L'agent immobilier est l'**intermédiaire professionnel**, rémunéré par une « commission », qui met en relation des acheteurs et des vendeurs de biens immobiliers ou négocie entre les parties la location de tels biens. Il adjoint souvent une activité de gestion d'immeubles ou de mandataire de cession de fonds de commerce.

- L'agent immobilier n'est **pas un marchand de biens** car il agit non pour son compte mais en vertu d'un mandat pour le compte d'autrui.
- L'agent immobilier peut parfois n'intervenir que **comme courtier** s'il n'a pour mission que de mettre en relation des parties sans pouvoir conclure un acte en leur nom ; mais **la loi Hoguet l'envisage avant tout comme mandataire des parties**.

La profession est strictement encadrée :

- quant aux conditions d'exercice ;
- quant aux conditions de perception de la commission ;
- quant à la responsabilité qui pèse sur l'agent immobilier.

§ 1 - Conditions d'exercice de la profession

Elles peuvent être regroupées en deux points : l'aptitude professionnelle et la réglementation de la profession.

A. L'aptitude professionnelle

L'agent immobilier est un **commerçant** (son agence constitue un fonds de commerce) qui doit justifier :

- d'un des **diplômes** énumérés à l'article 11 du décret du 20 juillet 1972 (licence en droit, diplôme de premier clerc ou de notaire, brevet professionnel des professions immobilières...), ou, à défaut, d'une expérience professionnelle dans certains emplois (art. 12 et 14 Décr.)
- d'une **carte professionnelle** spéciale délivrée par la préfecture du lieu de l'établissement ; le décret du 20 juillet 1972 (art. 1^{er}) en prévoit de trois sortes, la carte T (pour les transactions sur immeubles et fonds de commerce), la carte « gestion immobilière » pour y adjoindre les activités complémentaires de gestion des biens et

celle de « marchand de biens » si l'agent immobilier vend des listes ou des fichiers relatifs à l'achat, la vente ou la location de biens immeubles (bâti ou non bâti) ;

- d'une **garantie financière** pour garantir le remboursement des fonds qu'il détient remis pour le compte de tiers (tel l'acompte dans le cadre d'un compromis – v. *supra* p. 7) ; elle résulte d'un cautionnement fourni par un établissement bancaire ou une compagnie d'assurance agréée à cet effet ; si l'agent est titulaire des deux cartes, il doit fournir deux garanties distinctes ; il pèse sur l'organisme qui apporte son cautionnement un devoir de contrôle sur l'agent immobilier ;
- d'une **absence d'incapacité résultant d'une des condamnations** visées à l'article 9 de la loi Hoguet (vol, escroquerie, abus de confiance...), de délits de nature commerciale ou encore pour démarchage illégal ; elle peut également résulter d'une faillite personnelle, d'une interdiction de diriger, de gérer ou d'administrer une entreprise commerciale, ou encore d'une destitution, d'une révocation ou d'une radiation d'un ordre professionnel.

B. La réglementation de l'activité d'agent immobilier

- Déclaration préalable à la préfecture.
- Tenue d'un registre-répertoire relatant tous les versements qui sont faits, à quelque titre que ce soit.
- Ouverture d'un compte bancaire spécial réservé aux remises de fonds des clients.
- Tenue d'un registre des mandats, répertoriés et numérotés.
- Respect de la publicité commerciale.
- Affichage obligatoire dans les locaux de l'agence du numéro de la carte professionnelle, du montant de la garantie souscrite et du nom du garant, ainsi que les modalités de fixation de la rémunération de l'agent immobilier.

§ 2 - La rémunération de l'agent immobilier

A. Conditions de la rémunération

Elle suppose l'existence d'un mandat valable et une intervention réelle de l'agent immobilier.

1. L'exigence d'un mandat valable

Caractéristiques : définies par la loi Hoguet et son décret d'application (L. art. 6 et Décr. art. 72).

- C'est nécessairement un **écrit** ;
- Qui comporte, sous peine de nullité, des **indications précises** quant à l'objet de la mission, le versement des fonds et la rémunération de l'agent immobiliers (L. art. 6) ;
- Qui est **limité dans le temps**, sous peine là encore, de nullité (L. art. 7) ;
- Il peut être simple (l'agent n'a pas l'exclusivité de la vente) ou exclusif, auquel cas il peut être dénoncé à tout moment (moyennant le respect d'un préavis de 15 jours) au bout de trois mois (Décr. art. 78) ;

- L'agent peut être titulaire pour la même affaire de deux mandats, l'un du vendeur, l'autre de l'acheteur et ainsi percevoir une double rémunération.

2. Une intervention effective

- Elle doit être **régulière**, c'est-à-dire en vertu d'un mandat répondant aux exigences légales ; la signature d'un bon de visite, par exemple, ne suffit pas à fonder son droit à rémunération.
- L'intervention doit avoir été **essentielle** et correspondre à un véritable travail de l'agent.
- Elle doit déboucher sur une **opération** « *effectivement conclue et constatée dans un seul acte contenant l'engagement des parties* » (L. art, 6, 3^e al.), ce qui suppose, pour les ventes immobilières que l'acte authentique de vente ait été signé. Si l'une des parties s'est trouvée contrainte, face au refus de son cocontractant de le signer, de faire constater en justice que la vente était parfaite du fait de la signature d'un acte sous seing privé (« compromis ») et en a obtenu l'exécution forcée, l'opération est considérée comme effectivement réalisée.

B. Le paiement de la rémunération

- Les parties peuvent fixer une **somme forfaitaire ou un pourcentage** en fonction du prix de la vente du bien.
- Elle est en principe à la charge du mandant qui est en général le vendeur, mais, pour des raisons fiscales (diminution de l'assiette des droits de mutation), elle peut être mise à la charge de l'acheteur (lequel signera alors un mandat de recherche pour asseoir le droit à commission de l'agent).
- L'agent ne peut prétendre, et sous réserve qu'il en remplisse les conditions, qu'à la **commission stipulée dans le mandat**. Le montant peut être toutefois **soumis au contrôle du juge s'il a été stipulé avant l'exécution** de la mission.
- L'agent immobilier ne bénéficie d'aucun privilège ni droit de rétention pour garantir le paiement de sa rémunération.

§ 3 - La responsabilité de l'agent immobilier

Elle découle à la fois du droit commun du mandat (art. 1984 et s. C. civ.) et de la loi Hoguet (ainsi que de son décret d'application).

En tant que **mandataire professionnel**, pèsent sur lui les obligations précédemment vues découlant des articles 1984 et s. du Code civil et **appréciées plus sévèrement** que pour le mandataire occasionnel (v. *supra* p. 75). Rappelons notamment qu'il doit veiller aux intérêts de son mandant, obligation dont le respect devient délicat lorsqu'il est titulaire, pour la même opération, d'un double mandat (il doit alors veiller aux intérêts, souvent divergents, de l'une et de l'autre des parties).

NB : hormis ces règles générales, notons quelques aspects importants :

- L'existence d'une **faute est facilement retenue**. Sous couvert d'un manquement à un devoir de conseil, l'agent immobilier peut voir sa responsabilité engagée pour ne pas avoir éclairé les parties sur les risques de l'opération ou sur la portée de leurs

engagements et la jurisprudence fait peser sur lui une présomption irréfragable de connaissance de l'information qui aurait dû être délivrée.

- Sa responsabilité reste, dans le cadre contractuel (dans ses rapports avec le mandant), fondée sur une **obligation de moyens** même si la faute est facilement admise. Dans ses relations avec les tiers, bien que de nature délictuelle, les solutions en réalité sont très proches en raison de sa qualité de professionnel (la faute légère, voire la négligence, suffisent pour retenir sa responsabilité).
- Sa responsabilité n'est pas amoindrie du fait de l'intervention d'un notaire qui a pu concourir aux manquements reprochés.
- Elle est alourdie s'il est chargé par les parties de la rédaction de l'acte (promesse pour une vente d'immeuble, cession de fonds de commerce, rédaction d'un bail...) ; l'agent immobilier est, dans ce cas, responsable des formalités subséquentes que l'acte implique (enregistrement, inscription d'un privilège).
- Enfin, l'agent immobilier encourt également une responsabilité pénale en raison des fonds et des valeurs qui lui sont confiés (détournements de fonds, faits d'escroquerie ou abus de confiance) ou pour publicité trompeuse (mentions erronées ou absence d'informations essentielles).

Section 2 › LE MANDAT À EFFET POSTHUME

Créé par la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006, le mandat à effet posthume fait l'objet d'une réglementation aux articles 812 et s. du Code civil et relève ainsi du titre consacré aux successions.

Toutefois, s'agissant d'un **véritable mandat**, avec certes ses particularités, il convient d'en dire quelques mots en renvoyant, pour le surplus, aux ouvrages consacrés au droit des successions.

L'objectif du législateur est de permettre la gestion d'un patrimoine successoral en présence d'héritiers mineurs ou handicapés. Il n'est pas destiné à être une pseudo-fiducie : il n'organise pas un patrimoine d'affectation et son intérêt est d'ordre successoral (v. *infra* p. 92 et s.).

- C'est un **véritable mandat** (le mandataire est tenue des obligations prévues dans le droit commun, v. *supra* p. 75) et il est, en principe, gratuit (sauf stipulation contraire, la rémunération étant alors à la charge de la succession). La particularité de ce mandat est que, contrairement à ce que prévoit l'article 2003, **ses effets ne commencent qu'à la mort du mandant** (le *de cujus*), même si le mandataire doit l'accepter (par acte notarié) avant ce décès. De ce fait, les héritiers pour le compte desquels la gestion sera effectuée par le mandataire désigné sont ceux qui sont représentés : ils prennent donc la place du mandant sans pouvoir pour autant modifier le contenu du mandat.

- Il est nécessairement établi par **acte notarié** et pour une durée qui ne peut excéder en principe deux ans (mais il peut être prorogé par décision judiciaire), voire cinq ans « *en raison de l'incapacité, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels* » (art. 812-1-1, al. 2).

- Il n'est valable « *que s'il est justifié par **un intérêt sérieux et légitime** au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral* » et s'il est « *précisément motivé* » (art. 812-1-1).
- Le mandataire n'est pas un exécuteur testamentaire car sa mission est **limitée à la gestion** de tout ou partie d'un patrimoine successoral : « *toute personne peut donner à une ou plusieurs autres personnes physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés* » (art. 812).
- Les pouvoirs conférés au mandataire ne peuvent comprendre des actes de disposition et tant qu'aucun héritier n'a accepté la succession, le mandataire ne peut faire que des actes conservatoires (art. 812-1-3).
- Il prend fin par l'arrivée du terme, la renonciation du mandataire, son décès ou son incapacité, sa révocation judiciaire, la conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume, l'aliénation des biens objet du mandat, le décès de l'héritier protégé (art. 812-4).
La nomination d'un mandataire ne fait pas obstacle à celle d'un exécuteur testamentaire (art. 1025), d'un mandataire ou d'un gérant conventionnel entre héritiers (art. 813 ; art. 1873-5 en cas d'indivision), voire d'un administrateur judiciaire de l'indivision (art. 815-6, al. 3), ce qui peut poser des difficultés d'articulation des décisions qui peuvent être prises par les uns et les autres.



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- › La portée de la représentation dans le mandat
- › La rémunération du mandataire (droit commun)
- › Le mandat d'intérêt commun
- › La rémunération de l'agent immobilier

Dissertation :

- › Le mandat apparent



Titre 3

LE DÉPÔT

« Le dépôt, en général, est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à la charge de la garder et de la restituer en nature » (art. 1915 C. civ.).

Le dépôt ne peut porter que sur des **choses mobilières** (art. 1918), ce qui exclut :

- les personnes vivantes (relevons qu'un établissement peut être tenu, en tant que dépositaire, de conserver un cadavre le temps que la famille le récupère) ;
- les immeubles (un immeuble confié en garde fait naître un contrat d'entreprise si la garde est faite à titre onéreux, un contrat innommé si elle est faite à titre gratuit, mais on s'inspire alors du régime juridique du dépôt) ;
- les choses incorporelles.

Le Code civil distingue entre le dépôt volontaire et le dépôt nécessaire, entre le dépôt proprement dit et le séquestre. Cette distinction ne s'impose pas de nos jours : il y a des règles générales qui fondent les éléments caractéristiques du dépôt et quelques statuts spéciaux dont font partie le dépôt nécessaire et le séquestre.

Chapitre 1 > LE DROIT COMMUN DU DÉPÔT

> L'essentiel

La qualification de dépôt a parfois été discutée pour certains contrats qui comportent une remise de la chose :

- ainsi en est-il du **contrat d'entreprise** lorsque l'entrepreneur travaille sur la chose appartenant au maître de l'ouvrage ; mais la garde n'est dans ce cas qu'une obligation accessoire ;*
- le contrat de **louage de coffre fort**, est tenu, malgré la garde des objets qui y sont déposés qu'il suppose de la part de l'établissement financier, pour un bail et non un dépôt ;*
- la mise à disposition d'un **emplacement de parking** est un dépôt si elle s'accompagne d'une obligation de garde du véhicule ; elle est sinon un simple bail ;*
- le « **dépôt-vente** » (par lequel on remet à un tiers une chose en vue de sa vente) est plutôt un mandat (avec une obligation de garde à la charge du mandataire) qu'un dépôt.*

Il convient de voir les conditions de formation du contrat, puis de préciser les obligations des parties.

Section 1 > LA FORMATION DU CONTRAT DE DÉPÔT

§ 1 - Conditions tenant aux parties

- L'article 1922 du Code civil précise que le **déposant est nécessairement le propriétaire** de la chose mais la jurisprudence admet que le simple détenteur de la chose puisse la remettre en dépôt (le propriétaire non consentant peut alors la revendiquer).
- Le dépositaire, comme le déposant, doivent avoir la **capacité de faire des actes d'administration**.
- L'article 1925 ajoute néanmoins que « *si une personne capable de contracter accepte le dépôt fait par une personne incapable, elle est tenue de toutes les obligations d'un véritable dépositaire* ».
- Le **consentement des deux parties** est une condition de validité du contrat (art. 1921) mais le problème ne se pose, en raison du caractère réel de ce contrat (v. ci-dessous), que pour le dépositaire dont il faudra s'assurer qu'il a bien accepté sa mission de dépositaire.

§ 2 - Conditions tenant au contrat lui-même

- C'est un **contrat réel** : « *il n'est parfait que par la remise réelle ou fictive de la chose déposée* » (art. 1919, L. n° 2009-526 du 12 mai 2009).
- En conséquence, **le seul accord des parties**, sans remise de la chose, ne devrait être qu'une promesse de dépôt (la doctrine est divisée sur ce point) **qui ne peut donner lieu à une exécution forcée** mais seulement à l'octroi de dommages-intérêts.

- La **preuve du contrat**, soumise en principe au droit commun (art. 1341), connaît une règle particulière : *« lorsque le dépôt étant au-dessus du chiffre prévu à l'article 1341 [1 500 €] n'est point prouvé par écrit, celui qui est attaqué comme dépositaire en est cru sur sa déclaration, soit pour le fait même du dépôt, soit pour la chose qui en faisait l'objet, soit pour le fait de sa restitution »* (art. 1924).

Section 2 › LES OBLIGATIONS DES PARTIES

§ 1 - Les obligations du dépositaire

Elles sont essentielles et sont au cœur du dépôt.

A. L'obligation de garde

« Le dépositaire doit apporter, dans la garde de la chose déposée, les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent » (art. 1927).

- L'**obligation de conservation** de la chose est l'obligation principale du dépositaire dont il ne peut se décharger ; elle reste cependant une **obligation de moyens** mais c'est au dépositaire de prouver son absence de faute.
- L'intensité de cette présomption est **plus forte si le dépositaire est rémunéré**, s'il s'est offert lui-même comme dépositaire ou si le dépôt a été fait dans son intérêt (art. 1928).
- Elle implique une obligation d'**entretien normal** de la chose mais les parties peuvent graduer cette obligation (sous réserve qu'elle ne crée pas un déséquilibre significatif entre les parties)
- Il n'est **pas responsable de la détérioration ou de la perte de la chose par force majeure** sauf s'il avait été mis en demeure de la restituer (art. 1929).
- Toute clause qui exclurait une surveillance de la chose serait réputée non écrite car elle viderait le contrat de son objet essentiel (sauf à pouvoir requalifier le contrat, par exemple en bail).
- Il ne peut utiliser la chose sans la permission du déposant (art. 1930).
- Il pèse sur lui une obligation de discrétion si la chose a été déposée sous enveloppe cachetée ou dans un coffre (art. 1931).

B. L'obligation de restitution

1. Le contenu de l'obligation

- L'article 1932 prévoit une restitution de « **la chose même** qu'il [le dépositaire] a reçue », **avec les fruits** lorsqu'elle est frugifère,
- mais « **dans l'état** où elle se trouve au moment de la restitution », le déposant supportant les détériorations qui ne sont pas dues au fait du dépositaire (art. 1933).
- L'obligation de restitution est une **obligation de moyens renforcée**, la faute du dépositaire étant présumée ; la preuve contraire peut être rapportée par le dépositaire.

- Cette obligation de restitution n'a plus lieu d'être si la chose a « *été enlevée par une force majeure* », sauf à reverser au déposant l'indemnité compensatrice le cas échéant (art. 1934).
- Elle n'a plus lieu d'être non plus si l'héritier du dépositaire a vendu de bonne foi (ignorance de l'existence du dépôt) la chose déposée, celui-ci n'étant tenu que de rendre le prix reçu (art. 1935).
- Elle n'a plus lieu d'être en nature si le dépôt porte sur une **chose fongible**. **C'est alors un « dépôt irrégulier »**, tel le dépôt de sommes d'argent. La restitution se fait par équivalent.

2. Le destinataire de la restitution

- C'est avant tout, bien sûr, le **déposant lui-même**, sauf s'il est établi que la chose fut volée auquel cas le dépositaire doit en avertir le véritable propriétaire pour lui permettre de la réclamer (art. 1938).
- Ce peut être le **tiers désigné** par le déposant (art. 1937).
- Mais si le déposant est décédé, la restitution se fera nécessairement entre les mains de son/ses **héritier(s)** (art. 1939).
- Si le déposant est dessaisi de ses pouvoirs d'administration, la restitution est faite à la **personne qui la représente** (art. 1940). Toutefois, lorsque la mesure de protection cesse, elle se fait entre les mains du déposant (art. 1941).

3. Lieu et moment de la restitution

- « *Si le contrat ne désigne pas le lieu de la restitution, elle doit être faite dans le lieu même du dépôt* » (art. 1943).
- Elle se fait *ad nutum*, dès que le déposant la réclame, nonobstant le délai qui a pu être prévu dans le contrat, sous réserve qu'une saisie-arrêt ou une opposition n'ait pas été pratiquée entre ses mains (art. 1944).
- Mais le dépositaire peut exercer un droit de rétention s'il n'a pas été reçu le salaire convenu avec le déposant (art. 1948) ou s'il a une créance contre le déposant qui présente un lien de connexité avec le dépôt.
- Si le déposant ne récupère pas la chose au terme convenu, le dépositaire, après l'avoir mis en demeure, est libéré de ses obligations en principe (solution discutée toutefois).
- Et si le contrat est à durée indéterminée, le dépositaire peut résilier le contrat unilatéralement (en respectant un délai de préavis) et restituer la chose au déposant.

§ 2 - Les obligations du déposant

Elles sont de deux ordres.

A. L'obligation de remboursement et d'indemnisation

Elle est prévue à l'article 1947 : « *la personne qui a fait le dépôt est tenue de rembourser au dépositaire les dépenses qu'il a faites pour la conservation de la chose déposée, et de l'indemniser de toutes les pertes que le dépôt peut lui avoir occasionnées* ».

Les frais exposés pour la conservation de la chose sont garantis par un privilège mobilier spécial (art. 2332, 3°).

Si le dépôt est rémunéré, il convient de vérifier que la rémunération convenue n'inclut pas en réalité les dépenses qui seront exposées, du moins celles prévisibles ainsi que la prise en charge par le dépositaire des dommages éventuels (surtout si c'est un professionnel qui est en général assuré).

B. L'obligation de payer le salaire convenu

Le dépôt étant réputé un contrat essentiellement gratuit, la rémunération du dépositaire doit être prévue.

Mais elle peut aussi résulter de l'usage ou encore de la qualité de professionnel du dépositaire.

Chapitre 2 > LES DÉPÔTS SPÉCIAUX

> L'essentiel

Les dépôts spéciaux sont ceux qui sont soumis à des règles particulières prévues dans le Code civil.

À ce titre, seront étudiés :

- le dépôt nécessaire ;*
- le dépôt hôtelier ;*
- le séquestre.*

Section 1 > LE DÉPÔT NÉCESSAIRE

« Le dépôt nécessaire est celui qui a été forcé par quelque accident, tel un incendie, une ruine, un pillage, un naufrage ou autre événement imprévu » (art. 1949 C. civ.).

- Le dépôt nécessaire reste un contrat de dépôt soumis aux règles susvisées (art. 1952),
- et, en particulier, celle relative au **consentement du dépositaire** qui n'est pas obligé d'accepter de prendre en charge les biens d'autrui, quelles que soient les circonstances dans lesquelles se trouve le déposant.
- Le **régime de la preuve est néanmoins assoupli** car les événements qui sont à l'origine du dépôt nécessaire ne laissent en général pas le temps aux parties d'établir un écrit. C'est pourquoi *« la preuve **par témoins** peut être reçue pour le dépôt nécessaire, même quand il s'agit d'une valeur supérieure au chiffre prévu à l'article 1341 »* (art. 1950).

Section 2 > LE DÉPÔT HÔTELIER

Il est prévu à l'article 1952 du Code civil : *« les aubergistes ou hôteliers répondent, comme dépositaires, des vêtements, bagages et objets divers apportés dans leur établissement par le voyageur qui loge chez eux ; le dépôt de ces sortes d'effets **doit être regardé comme un dépôt nécessaire** ».*

Cette responsabilité ne concerne que les professionnels visés et ne peut être étendue à d'autres catégories, tels les restaurateurs.

L'assimilation au dépôt nécessaire du dépôt hôtelier ne reflète qu'en partie le régime juridique de ce contrat.

- Le client (déposant) de l'hôtel bénéficie certes de l'assouplissement de la règle de preuve de l'article 1950.
- Mais le régime de **responsabilité pour le vol ou la détérioration des effets** des clients (les animaux vivants en sont expressément exclus – art. 1954, *in fine*) est **plus sévère** puisque l'hôtelier ne peut s'exonérer par la preuve de l'absence de faute ; il doit établir soit la force majeure, le vice de la chose, voire la faute de la victime (art. 1954).
- Cette responsabilité est néanmoins **plafonnée** à *« 100 fois le prix de location du logement par journée »* (art. 1953) et à 50 fois ce prix pour les objets laissés dans les véhicules (art. 1954).

- Ce plafonnement ne joue pas si le dommage concerne une chose déposée entre les mains de l'hôtelier ou qu'il a refusé de recevoir sans motif légitime (art. 1953).

Section 3 › LE SÉQUESTRE

L'article 1955 du Code civil précise qu'il y a deux sortes de séquestre : il est conventionnel ou judiciaire.

§ 1 - Le séquestre conventionnel

Définition : il consiste en un « *dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir* » (art. 1956).

Il peut aussi désigner la personne chargée de la mission de conserver la chose (v. art. 681 C. pr. civ.).

En dépit de la définition légale, le séquestre n'est pas un parfait dépôt :

- il implique nécessairement une **relation tripartite** puisqu'il y a remise de la chose à un tiers ;
- le séquestre peut porter sur **toute sorte de biens**, y compris des immeubles (art. 1959) ;
- la **gratuité n'est pas le principe** de ce contrat (art. 1957) ;
- la **restitution** n'est pas du seul fait du déposant mais de **l'accord de toutes les parties** (art. 1960).

A. La conclusion du contrat de séquestre

- Il ne suppose pas nécessairement, contrairement à la lettre de l'article 1956, l'existence d'une contestation entre les parties.
- Il est utilisé également comme **mesure conservatoire** en attendant l'exécution d'une obligation ou comme support pour un nantissement de sommes d'argent (le nantissement étant alors fait entre les mains d'un tiers chargé de les conserver jusqu'à l'arrivée de l'événement qui en est la cause).
- La conclusion du contrat, qui obéit par ailleurs aux conditions de droit commun (art. 1108), se fait entre **trois parties** : les parties proprement dites et le tiers séquestre ; chacune doit être capable et avoir accepté le séquestre.
- La **remise des fonds** à un séquestre **ne vaut pas paiement** de l'obligation par le débiteur mais fait cesser le cours des intérêts car le débiteur s'est ainsi acquitté, à hauteur de ce qu'il a versé, de sa dette (effet libératoire de la dette sans extinction de la créance).

B. La mission du tiers séquestre

- Il doit tout d'abord conserver la chose et y apporter tous les **soins nécessaires**.
- Il n'a **pas l'usus** et ne peut donc s'en servir ; si elle est frugifère, les intérêts profitent à celui à qui elle sera remise.

- La **restitution** de la chose ne peut intervenir en principe (sauf « *cause jugée légitime* » – art. 1960) **qu’une fois la contestation terminée** ou l’événement qui a justifié la mesure arrivé.
- Le séquestre peut être déchargé du consentement de toutes les parties intéressées (art. 1960).
- Le tiers séquestre est **responsable de ses fautes** (appréciées plus ou moins sévèrement suivant qu’il est rémunéré ou non) tant vis-à-vis des parties que vis-à-vis des tiers éventuellement (créancier omis dans le cadre de distribution du prix séquestré par exemple).
- Il bénéficie pour sa rémunération d’un droit de rétention sur la chose séquestrée.

§ 2 – Le séquestre judiciaire

Il intervient sur décision du juge.

Il peut porter sur :

- « *des meubles saisis sur un débiteur ;*
- *un immeuble ou une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ;*
- *des choses qu’un débiteur offre pour sa libération* » (art. 1961).

L’énumération n’est pas limitative.

La remise au séquestre des sommes dues par le débiteur vaut, ici aussi, libération de sa dette même si la créance ne s’en trouve pas éteinte.

La personne séquestre (le « *gardien judiciaire* ») peut être celle que les parties auront désignée ou elle peut être nommée d’office par le juge (art. 1963).

Ses obligations sont celle d’un dépositaire conventionnel mais sa responsabilité ne peut être engagée que sur faute prouvée, sauf s’il est un professionnel auquel cas cette faute est présumée (mais il peut s’exonérer par la preuve de son absence de faute).

Le séquestre judiciaire bénéficie, comme celui conventionnel, un droit de rétention pour le paiement de sa rémunération « *fixée par la loi* » et qui est à la charge du « *saisissant* » (art. 1962).



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D’EXAMEN DONNÉS :

Sujets d’oraux :

- > L’obligation de garde du dépositaire
- > La convention de séquestre

Dissertation :

- > La responsabilité du dépositaire : une responsabilité qui se durcit ?



Titre 4

LA FIDUCIE

Introduite en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, et en partie modifiée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, la fiducie est régie par les articles 2011 à 2030 du Code civil.

Définition : *c'est « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (art. 2011).*

Mécanisme :

- le propriétaire de biens, le constituant, les transfère à une personne, fiduciaire,
- dans le cadre d'une mission de gestion ou de constitution de garantie,
- dans l'intérêt du bénéficiaire qui en retrouvera la propriété à la fin du contrat, ce bénéficiaire pouvant être le constituant, le fiduciaire ou un tiers.

Le **patrimoine d'affectation** qu'elle permet d'organiser sans constitution d'une personne morale, qui porte atteinte au principe, désormais dépassé, d'unicité du patrimoine de la personne juridique, offre une solution alternative à l'institution anglo-saxonne du *trust*.

Le législateur français est resté prudent : il a restreint les fonctions de la fiducie à des actes entre vifs ; les conditions de validité sont strictement encadrées et il a maintenu une neutralité fiscale.

Chapitre 1 > LES FONCTIONS DE LA FIDUCIE

> L'essentiel

Contrairement au trust, elle ne peut servir de fondement à une libéralité, que ce soit entre vifs ou à cause de mort (art. 2013 C. civ.).

Le transfert temporaire (il ne peut excéder 99 ans) des biens constitués en trust peut avoir deux buts : la gestion de ces biens ; leur affectation en tant que garantie.

Section 1 > LA FIDUCIE, MODE DE GESTION D'UN PATRIMOINE

Lorsque la fiducie n'a pour objet que la gestion de biens, elle pourrait s'apparenter pour partie au mandat.

Toutefois, en lui confiant **pour un temps** qui peut très **long** (99 ans) des biens et en lui accordant, le cas échéant (cela dépend de la convention des parties), les **pouvoirs les plus étendus** (dont l'*abusus*) sur eux, la fiducie permet ainsi au fiduciaire de gérer ces biens dans des conditions plus stables et avec des pouvoirs renforcés qu'il n'en aurait s'il agissait comme mandataire : certains y voient même un **éventuel droit réel temporaire** si les pouvoirs de disposition des biens sont reconnus au fiduciaire.

Destinée avant tout à intervenir dans le domaine bancaire (pour le placement des fonds, pour faciliter la circulation des actions), la fiducie peut également résoudre le problème de la gestion d'un patrimoine lorsqu'il y a des enfants mineurs ou handicapés. À cet égard, notons qu'elle est une alternative possible au mandat à effet posthume (v. *supra* p. 82), ce qui montre, ici encore, les liens entre la fiducie et le mandat.

La **différence entre la fiducie et le mandat** est toutefois suffisante pour que le législateur ait décidé d'en faire une catégorie autonome.

- Le transfert des biens n'est pas envisagé dans le mandat.
- Le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant ; le fiduciaire exerce ses pouvoirs, certes *ès qualités*, mais accomplit les actes en son nom (art. 2021 C. civ.).
- La fiducie ne peut être qu'expresse, alors que le mandat peut être tacite.
- Sa révocation ne peut intervenir que de l'accord des parties ou sur décision du juge (pas de révocation *ad nutum*)

Section 2 > LA FIDUCIE, NOUVELLE MODALITÉ DE GARANTIE

À ce titre, elle rejoint les **garanties fondées sur la propriété** de la chose, telle la cession de créances professionnelles (dite cession Dailly, art. L. 313-23 et s. C. mon. fin.) ou la clause de réserve de propriété (art. 2367 et s. C. civ.).

Le débiteur, le constituant, transfère à son créancier, le fiduciaire, la propriété d'un ou plusieurs biens en garantie de sa dette. Ce dernier ne restituera le patrimoine fiduciaire que si le débiteur honore ses engagements ; à défaut, il deviendra le bénéficiaire de la fiducie.

Les articles 2024 et 2025 renforcent l'intérêt de ce type de garantie puisque l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (art. 2024) et que dans le cadre de celle concernant le constituant, « *le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine* » (art. 2025).

LA FIDUCIE

L'art. 2024 (10^e al.) précise que le patrimoine fiduciaire est affecté à la conservation ou à la gestion de ce patrimoine. L'art. 2025 (1^{er} al.) précise que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

De plus, l'art. 2025 (2^e al.) précise que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

Enfin, l'art. 2025 (3^e al.) précise que le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine.

Chapitre 2 > LA MISE EN PLACE DE LA RELATION FIDUCIAIRE

> L'essentiel

L'article 2012 du Code civil précise que « la fiducie est établie par la loi ou par contrat ».

Pour l'instant, et en attendant que le premier aspect se développe en droit français, les précisions insérées dans le Code concernent la fiducie conventionnelle. On va examiner les conditions de validité et les effets.

Section 1 > LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA FIDUCIE

Il y a des conditions de forme et de fond.

§ 1 - Conditions de forme

- La fiducie est nécessairement **expresse** (art. 2012 C. civ.).
- Elle est passée **par écrit** car le contrat doit, **à peine de nullité**, contenir des indications concernant l'objet (les biens transférés), la durée (elle ne peut excéder 99 ans), l'identité des parties et du bénéficiaire, la mission et l'étendue des pouvoirs du fiduciaire (art. 2018).
- L'établissement d'un **acte notarié est imposé, à peine de nullité**, lorsque la fiducie porte sur des biens faisant partie de la **communauté entre époux** ou d'une **indivision**.
- À peine de nullité, **le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés** dans le délai d'un mois au Registre National des Fiducies relevant des services fiscaux du lieu d'établissement du fiduciaire, ou ceux des non-résidents si celui-ci ne réside pas en France. S'il y a des **immeubles**, le contrat doit faire l'objet d'une **publicité foncière** – ce qui implique donc l'établissement d'un acte notarié – (art. 2019).
- Les mêmes formalités d'enregistrement, assorties de la même sanction, sont imposées pour la transmission des droits résultant du contrat de fiducie et le cas échéant pour la désignation ultérieure du bénéficiaire si elle n'est pas faite dans le contrat (art. 2019, dernier al.).
- De même, si le patrimoine fiduciaire comprend des biens ou droits soumis à publicité pour leur mutation, celle-ci doit mentionner le nom du fiduciaire (art. 2021).

§ 2 - Conditions de fond

- **Côté constituant**, la loi susvisée du 4 août 2008 a ouvert la possibilité de constituer une fiducie aux personnes physiques alors qu'initialement, elle était réservée aux personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés.

- **Côté fiduciaire**, l'article 2015 prévoit que « *seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnés à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances. Les membres de la profession d'avocat peuvent également avoir la qualité de fiduciaire* ».

- Le constituant ou le fiduciaire doivent être résidents ou établis sur le territoire de l'Union européenne ou dans un pays ayant conclu avec la France une convention d'assistance (cette exigence a pour but d'éviter les fraudes fiscales).

Section 2 › LES EFFETS DU CONTRAT DE FIDUCIE

L'effet le plus évident de la fiducie est de faire sortir le bien du patrimoine du constituant sans le faire rentrer dans celui du fiduciaire.

§ 1 - La protection des biens du constituant

- Elle est assurée par la **création d'un patrimoine d'affectation**, le patrimoine fiduciaire, qui répond des dettes nées de la gestion des biens qui le composent.
- Mais cette limitation de l'obligation au passif, même en cas d'insuffisance du patrimoine du constituant, n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée (art. 2025).

§ 2 - La mission du fiduciaire

Elle est définie dans le contrat de fiducie.

- Le fiduciaire doit indiquer expressément lorsqu'il agit dans le cadre de sa mission (art. 2021).
- Il est réputé **vis-à-vis des tiers disposer des pouvoirs les plus étendus** sauf si ceux-ci avaient connaissance des limitations qui y étaient apportées dans le contrat de fiducie (art. 2023).
- Le fiduciaire doit **rendre compte de sa mission** au constituant et au tiers bénéficiaire selon les modalités prévues entre les parties.
- Mais si le constituant fait l'objet, en cours d'exécution du contrat, d'une mesure de tutelle ou de curatelle, le fiduciaire doit rendre compte de sa mission au tuteur ou au curateur à sa demande et au moins une fois par an.

§ 3 - La responsabilité du fiduciaire

- L'exécution de la mission se fait sous le **contrôle du constituant** qui « *peut, à tout moment, désigner un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat* ». Le contrat peut cependant priver le constituant, s'il est une personne morale, d'un tel droit (art. 2017).

- Si l'on manque à ses devoirs, s'il met en péril les intérêts du constituant ou s'il fait l'objet d'une procédure collective, il **peut être dessaisi** par décision judiciaire de ses pouvoirs et être remplacé (art. 2027).
- Il est **responsable sur son patrimoine propre des fautes** qu'il peut commettre dans l'exercice de sa mission (art. 2026).

Section 3 > L'EXTINCTION DU CONTRAT DE FIDUCIE

Causes : plusieurs causes d'extinction sont envisageables :

- Elle peut résulter soit de la **révocation** du constituant si le bénéficiaire n'a pas encore accepté le contrat, soit, sinon, de l'accord des parties ou par décision de justice (art. 2028).
- Le contrat prend fin de plein droit, sauf stipulation contraire, si **l'ensemble des bénéficiaires y renoncent**. Dans ce cas, comme dans celui où il n'y a plus de bénéficiaire, le patrimoine fiduciaire retombe dans le patrimoine du constituant.
- Elle peut survenir du fait de **l'arrivée du terme** ou de la réalisation de la mission.
- Le contrat de fiducie prend fin par le **décès du constituant personne physique**. Les biens constitués en fiducie font partie de sa succession.
- Il prend fin également **si le fiduciaire vient à disparaître** (liquidation judiciaire, dissolutions...) ou, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire d'exercer, de radiation ou d'omission du tableau (art. 2029).

Chapitre 3 › LA TRANSPARENCE FISCALE DE L'OPÉRATION FIDUCIAIRE

Par crainte que la fiducie ne serve à éluder des obligations fiscales, le législateur n'a pas prolongé sur le terrain fiscal les objectifs de la fiducie.

Ainsi :

- le constituant est réputé fiscalement demeuré propriétaire des actifs transmis au titre du contrat de fiducie ;
- il sera à ce titre redevable des impôts relatifs à ces biens et ceux-ci sont présumés faire partie de sa succession sauf si le bénéficiaire est désigné ;
- il sera imposé sur les revenus du patrimoine ;
- le transfert des biens et droits est susceptible de générer des droits de mutation ou des plus-values mais le paiement peut être différé si le contrat remplit les exigences posées dans le Code civil et que le constituant est une personne physique ; il sera regardé fiscalement comme détenant toujours les biens fiduciaires.

Toutefois, si le contrat de fiducie suppose une activité professionnelle soumise à la TVA, à la taxe professionnelle ou autres impositions de nature professionnelle, le fiduciaire est considéré comme l'exploitant des biens et soumis à l'impôt correspondant à cette activité.



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujet d'oral :

- › Les fonctions de la fiducie

Dissertation :

- › La fiducie, un contrat d'avenir ?

Troisième partie

LES CONTRATS ALÉATOIRES

L'article 1964 du Code civil en fait la présentation suivante :

« Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain.

Tels sont :

Le contrat d'assurance ;

Le jeu et le pari ;

Le contrat de rente viagère.

Les deux premiers sont régis par les lois maritimes ».

Le contrat aléatoire le plus fréquent de nos jours est sans aucun doute possible le contrat d'assurance dont le Code civil n'a eu (en 1804) qu'une conception très réduite. Ce contrat s'est tellement développé qu'il en est devenu une matière autonome, traitée à part. On ne le retrouvera donc pas dans les développements qui suivent.

On ne retiendra ici que les deux types de contrats aléatoires réglementés dans le Code : ceux qui ne reposent que sur une recherche de gains ; ceux qui sont fondés sur l'espérance de vie.

100 Chapitre 1 > Les contrats aléatoires fondés sur les chances de gains

103 Chapitre 2 > Les contrats aléatoires fondés sur l'espérance de vie

Chapitre 1 › LES CONTRATS ALÉATOIRES FONDÉS SUR LES CHANCES DE GAINS

› L'essentiel

Le jeu et le pari sont deux façons d'espérer des gains sans déployer une « industrie » personnelle. D'un point de vue strict, ils ne se confondent pas :

- dans le premier cas, ce sont des partenaires qui participent au même jeu ; il y aura un gagnant qui recevra de l'autre, le perdant, l'enjeu ;*
- dans le second cas, les participants, nécessairement en désaccord (sinon, il n'y aurait pas d'enjeu), jouent sur un événement extérieur à eux et dont la réalisation fera un heureux.*

En dépit de cette différence, de plus en plus difficile de nos jours à mettre en œuvre (le « loto » est traité comme un jeu alors que techniquement, c'est un pari), le Code civil les traite ensemble et les soumet au même régime juridique. Nous adopterons ce point de vue : dans les développements qui vont suivre, le terme de jeu englobe les deux notions.

Il y a jeu et jeu : par principe fustigés par la loi, certains d'entre eux jouissent néanmoins d'un traitement de faveur.

Section 1 › LE PRINCIPE DE L'ILLICÉITÉ DU JEU ET DU PARI

Il résulte de l'article 1965 du Code civil que « *la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un pari* ».

Cette sanction sévère donne un enjeu important à la qualification du contrat.

§ 1 - Notion de jeu ou pari

A. Identification

Une mise d'argent en vue d'un profit n'est pas nécessairement jeu ou pari.

- Ainsi les concours qui assortissent des promotions/publicités commerciales ne sont pas considérés comme tels car, d'une part, il n'y a aucun risque de perte pour les participants et, d'autre part, aucune chance de gains pour les organisateurs (dans le cadre de ce concours du moins, car ils espèrent bien en avoir des retombées commerciales).
- Les opérations en bourse échappent également à la qualification, à condition qu'elles ne dissimulent pas en réalité des pures combinaisons de jeu sur la hausse et sur la baisse des valeurs.

B. Preuve

Il s'agit de combattre l'illicéité d'une opération.

Les règles de preuve échappent donc à la rigueur de l'article 1341 du Code civil : la preuve de dette de jeu/pari de l'obligation dont le paiement est réclamé peut être rapportée par tous moyens.

§ 2 - Les conséquences de l'illicéité

A. L'absence d'actions

La portée de l'exception de dette de jeu est double :

- **aucune action en paiement** n'est possible de la part de celui qui prétend avoir gagné (art. 1965) ;
- et **aucune action en remboursement** des sommes versées n'est également possible de la part du joueur/parieur (art. 1967).

Ces sanctions rejoignent celles retenues en cas de contrats immoraux : l'adage « *nemo auditur propriam allegans* » interdit tout pareillement aux parties à un tel contrat de pouvoir agir en paiement ou en répétition des sommes dues en vertu d'un contrat immoral.

L'interdiction atteint **également le tiers qui aura avancé** les fonds à un joueur. Pour le priver de son action en remboursement, il faut toutefois établir sa connaissance de la destination des sommes et leur emploi à cette fin.

B. Une prohibition d'ordre public

Le caractère d'ordre public de l'exception de dette de jeu emporte un régime procédural de nature à encourager la lutte contre les contrats de jeu et de pari :

- l'une ou l'autre partie peut invoquer l'exception à tout moment au cours de la procédure ;
- et le juge lui-même, sous réserve du respect du contradictoire, peut la relever d'office.

Section 2 > LES JEUX ET PARIS LICITES

Les règles du Code civil paraissent bien désuètes aujourd'hui tant pullulent les formes de jeu si licites que pour certains, l'État lui-même y participe par le truchement d'une entreprise publique.

Le Code civil avait déjà, dès le début, prévu des types de jeu/pari échappant à la prohibition.

Le législateur a multiplié les cas de figure.

§ 1 - Les contrats licites

- Ce sont tout d'abord ceux qu'énumère **l'article 1966** : « *Les jeux propres à exercer au fait des armes, les courses à pied ou à cheval, les courses de chariot, le jeu de paume et autres jeux de même nature, qui tiennent à l'adresse et à l'exercice du corps, sont exceptés de la disposition précédente* [principe d'absence d'action] ».

Au-delà du caractère suranné de certains d'entre eux, il faut retenir, par ce texte, que sont autorisés, à condition qu'ils ne soient pas excessifs (art. 1966, al. 2), les jeux et paris **entre concurrents** et non ceux que les tiers peuvent faire sur eux.

- Ce sont ensuite ceux que diverses lois ont autorisés. Après les jeux de casino, les paris sur les courses de chevaux (PMU), les uns et les autres considérés comme licites parce que **prévus par la loi et organisés par les pouvoirs publics**, diverses

formes de loteries ont été encouragées par ces derniers, l'État y ayant vu la possibilité de tirer profit de la passion « naturelle » (?) de l'être humain pour les jeux (création, par exemple, de la « Française des jeux », entreprise publique, qui a initié de multiples jeux).

§ 2 - Conséquences

- La licéité du contrat lui-même permet au gagnant de pouvoir **exiger le paiement des gains**.
- Et elle autorise l'organisateur du jeu à agir en **responsabilité si le chèque** remis par le joueur en paiement de son enjeu est **sans provision**.
- En revanche, le prêt au profit du joueur reste en principe sous le coup de l'article 1965 et demeure illicite. La remise de plaques au client du casino, contre un chèque de remboursement à la fin du jeu peut toutefois être interprétée comme une « simple commodité » et n'est donc pas prohibée par l'article 1965, sauf circonstances de l'espèce révélant un prêt (position des chambres civiles de la Cour de cassation mais la chambre criminelle est moins tolérante et considère que c'est toujours un prêt).

Chapitre 2 > LES CONTRATS ALÉATOIRES FONDÉS SUR L'ESPÉRANCE DE VIE

> L'essentiel

L'homme est mortel et de cela, on est certain. Ce qui en revanche est empli d'incertitude est le jour et l'heure de l'échéance fatale.

Cette donnée peut donner lieu à des spéculations, parfois jugées déplacées, voire sordides, sur la durée de vie d'une ou plusieurs personnes déterminées et d'essayer d'en tirer avantage : pour celui qui bénéficie d'une longévité hors du commun, de se voir allouer une rente ou assurer son entretien au-delà de ce à quoi il aurait dû normalement avoir droit ; pour celui qui a contracté sur la tête d'une personne morte plus tôt qu'il n'était raisonnable de prévoir, de devenir propriétaire d'un bien sans en payer la valeur réelle.

Deux sortes de contrat peuvent répondre à ces préoccupations : le contrat de rente viagère et le bail à nourriture.

Section 1 > LE CONTRAT DE RENTE VIAGÈRE

La constitution de la rente viagère est le fait d'assurer à une personne sa vie durant le versement périodique d'une somme d'argent qui lui assurera des revenus réguliers.

Elle peut être constituée à titre gratuit (art. 1969) : le bénéficiaire – le crédirentier – perçoit la rente sans contrepartie et ce versement est donc une libéralité que lui fait le débirentier. Le crédirentier ne court dans ce cas aucun risque et le contrat n'est donc pas réellement aléatoire.

Dans une acception plus orthodoxe, elle est donc constituée à titre onéreux, le crédirentier offrant le plus souvent la propriété d'un bien, mobilier ou immobilier, – ce peut être aussi un apport en capital – en contrepartie du versement de la rente.

Sous la forme d'une vente en viager, l'intérêt pour ce contrat est renouvelé en ces temps où l'allongement de la durée de vie fait craindre des versements de retraite insuffisants : les rentes versées en contrepartie de l'aliénation d'un bien peuvent constituer le complément nécessaire à une vie décente après la cessation de l'activité professionnelle.

Récemment, l'institution a inspiré l'émergence d'une nouvelle sûreté hypothécaire, le prêt viager hypothécaire (art. L. 314-1 et s. C. consom.), au terme duquel le remboursement est retardé au décès (sauf mutation entre-temps) de l'emprunteur et dont le montant se trouve limité à la valeur de la propriété du bien. Ce type de prêt n'est pas aléatoire mais retarde seulement l'exigibilité du prêt. Il ne sera donc pas envisagé ici (v. *supra* p. 48).

§ 1 - La formation du contrat de rente viagère

L'aléa est au cœur de ce contrat : il est la condition essentielle de sa validité. Lorsqu'il est constitué moyennant le transfert de propriété d'un bien, ce transfert peut être modulé.

A. L'existence d'un aléa

Il est vérifié sous deux angles : l'incertitude quant au délai de vie de la personne sur la tête de laquelle la rente a été constituée ; un risque financier encouru par le débirentier.

1. L'aléa tenant à la personne

- La personne sur la tête de laquelle la rente est constituée peut être le **crédirentier**, seul, ou avec une autre personne, en général son conjoint, ou encore une **tierce personne**. C'est en tout cas en leur endroit qu'on appréciera l'aléa tenant à la durée effective de leur vie qui mettra fin à l'obligation de versement de la rente (échéance retardée au décès du second mourant lorsque la rente est sur la tête de deux personnes).
- L'article **1974** affirme la nullité du contrat si cette personne est déjà morte au jour du contrat.
- L'article suivant prévoit la même conséquence si elle était « *atteinte de la maladie dont elle est **décédée dans les vingt jours** de la date du contrat* »
- La jurisprudence a élargi les cas de nullité en se fondant sur l'article **1131** du Code civil (absence de cause du contrat) toutes les fois où le débirentier connaissait l'imminence du décès (qui peut intervenir alors au-delà des vingt jours, voire au bout de plusieurs mois) au vu de l'état de santé de cette personne.

2. L'aléa tenant à un risque financier réel

- Certes l'article 1976 pose le principe de la **liberté des parties** pour fixer le taux de la rente, étant précisé qu'elles peuvent également prévoir le versement d'un « **bouquet** » (somme versée au départ), surtout dans le cadre d'un viager portant sur un immeuble.
- Mais il faut que le débirentier encoure un **véritable risque financier** (il doit courir le risque de payer le bien plus cher que sa valeur). Pour cela, on vérifie que le taux de la rente ne soit pas inférieur aux revenus que procurerait le bien (valeur locative du bien, taux de placement du capital...) en tenant compte le cas échéant du montant du bouquet lorsqu'il y en a un.
- Et pour que l'aléa subsiste, il ne faut pas se contenter de convertir un prix (correspondant à la valeur du bien transmis) en paiement d'une rente. Celle-ci est certes calculée en fonction ce paramètre mais elle repose surtout sur un calcul tenant à l'espérance de vie de la personne sur la tête de laquelle la rente est constituée, outre la rentabilité du bien.

B. Le transfert de propriété

Lorsque la constitution de la rente viagère a pour objet le transfert de propriété, qui plus est immobilier, deux situations sont à envisager.

1. Un transfert de propriété plein et entier dès le départ

- Le débirentier dispose alors des pouvoirs d'un **véritable propriétaire dès la conclusion du contrat**.
- Il a notamment celui de disposition du bien, la vente du bien ne mettant pas fin au service de la rente.

2. La réserve de la jouissance de la chose

Dans ce cas de figure, le crédirentier peut :

- soit se **réserver l'usage et l'habitation du bien** (c'est-à-dire uniquement l'*usus* sans le *fructus*), ce qui le prive de la possibilité de pouvoir louer le bien (mais les parties peuvent aménager ce droit en envisageant l'hypothèse où le crédirentier serait dans l'obligation, pour des raisons de santé ou d'âge, de vivre dans un établissement spécialisé),
- soit se **réserver l'usufruit du bien** (ce qui lui donne notamment le droit de le donner en bail), auquel cas les rapports entre le débirentier et lui sont régis par les règles applicables entre usufruitier et nu-propiétaire.

Dans l'un et l'autre cas de figure, le calcul de la rente prend en compte la valeur du droit laissé au crédirentier.

§ 2 - L'exécution du contrat de rente viagère

Elle tourne, pour l'essentiel, autour du versement de la rente. Les sanctions attachées aux problèmes d'exécution sont en partie spécifiques, le défaut de paiement n'étant pas en soi cause de résolution du contrat.

A. Le versement de la rente

1. Les modalités

- Les versements se font suivant le rythme (tous les mois, trimestres ou années) et au lieu prévu par les parties. S'il n'y a pas de domiciliation (virement bancaire, par exemple), c'est, au regard du caractère de dettes d'aliments retenu pour la rente viagère, le principe de la **portabilité** (paiement au domicile du créancier d'aliments – art. 1247, al. 2).
- Elle se fait la vie durant la personne ou les personnes sur la tête de la (des)quelle(s) elle a été constituée (mais les arrérages échus et non versés restent dus au profit de ses héritiers). Toutefois, une **rente viagère temporaire** (avec une date butoir pour le cas où le décès ne surviendrait pas avant) est possible si le taux de la rente est calculé de telle sorte que le crédirentier supporte bien un **réel risque financier** (montant des versements totaux, si le contrat va jusqu'au bout, sensiblement supérieurs à la valeur du bien).
- Le crédirentier dispose, en garantie du paiement de la rente, du privilège du vendeur d'immeuble de l'article 2374 dans le cadre d'une vente immobilière en viager (sans l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix).
- Le débirentier **ne peut imposer au crédirentier une exécution par équivalence**, telle de lui racheter la rente (versement d'un capital représentatif de la valeur de la rente viagère) – art. 1979.
- Il **ne peut non plus lui imposer un autre débiteur**, même si celui-ci devient propriétaire du bien.
- Ces deux précédentes règles ne sont cependant pas d'ordre public et les parties peuvent en convenir autrement.

- Enfin, que ce soit pour le paiement des arrérages échus ou pour celui de la rente elle-même, l'action en paiement est soumise au même délai de prescription de droit commun de cinq ans (art. 2224 C. civ.).

2. La réactualisation du montant de la rente

- Elle peut provenir d'une **indexation** de la rente sur un indice pour le choix duquel les parties disposent d'un large pouvoir et peuvent même opter pour l'indice général des prix et salaires car ce sont des dettes d'aliments (art. L. 112-2, al. 2, C. mon. fin.).
- Par dérogation au principe, énoncé à l'article 1979, selon lequel le débirentier « *est tenu de servir la rente pendant toute la vie de la personne... quelque onéreux qu'ait pu devenir le service de la rente* » (il n'y a pas de place à la théorie de l'imprévision en droit privé), **certaines lois confèrent au juge le pouvoir de modifier le montant de la rente** en cas de bouleversement de l'équilibre du contrat en raison de circonstances économiques non prévues (L. n° 49-420 du 25 mars 1949, L. n° 74-1118 du 27 décembre 1974).
- La loi susvisée du 25 mars 1949, applicable pour le versement de rentes en numéraire en contrepartie de biens immobiliers ou mobiliers (y compris les fonds de commerce) prévoit en outre une correction légale du jeu de l'indice pour que la rente versée n'excède pas en capital la valeur du bien et qu'elle ne descende pas en dessous d'un montant minimum (fixé annuellement par décret).

B. Les sanctions du défaut d'exécution

Les problèmes d'exécution sont à envisager du côté du débirentier qui peut être défaillant dans le service de la rente. Le principe posé dans le Code civil n'est pas d'ordre public et les aménagements conventionnels sont fréquents.

1. Le principe

Il est posé à l'article **1978** en deux temps.

- « *Le seul défaut de paiement des arrérages de la rente n'autorise point celui en faveur de qui elle est constituée à demander le remboursement du capital, ou à rentrer dans le fonds par lui aliéné* ». Le **crédirentier ne peut donc bénéficier de l'action résolutoire du vendeur d'immeuble** en cas de non-paiement des arrérages de la rente.
- « *Il n'a que le droit de saisir et de faire vendre les biens de son débiteur et de faire ordonner ou consentir, sur le produit de la vente, l'emploi d'une somme suffisante pour le service des arrérages* ». Le choix d'une vente immobilière sous forme d'un viager paraît donc irréversible puisque le crédirentier ne peut pas percevoir, à titre de paiement par équivalent en capital, le prix de la vente du bien : il a seulement droit de percevoir, calculée sur ce prix, une rente viagère.

2. Les aménagements conventionnels

Pour se libérer du carcan de l'article 1978 qui n'est pas érigé en règle d'ordre public, les parties insèrent fréquemment (c'est même devenu une clause de style dans les ventes immobilières) une **clause résolutoire en cas de défaut de paiement des arrérages de la rente**.

- Pour qu'elle puisse être efficace, elle doit être **rédigée en termes précis** et ne pas donner une latitude d'appréciation au créancier. La résolution doit être encourue dès que l'événement visé à la clause arrive et ne pas dépendre du bon vouloir du créancier.
- Sa mise en œuvre suppose, dans un premier temps, une **mise en demeure** du débiteur d'avoir à exécuter ses obligations et la résolution ne peut intervenir qu'après un laps de temps suffisant pour que ce dernier ait la possibilité de le faire.
- Le créancier ne doit pas trop attendre pour sa mise en œuvre sous peine d'être considéré comme ayant renoncé à s'en prévaloir.
- Une fois acquise et revendiquée, la résolution produit un **effet radical** : le créancier retrouve la propriété du bien, ce qui suppose qu'il trouve un autre acquéreur ; toutefois, il est rarement condamné dans ce cas de figure à restituer l'intégralité des arrérages versés (conservés à titre indemnitaire).

Section 2 › LE BAIL À NOURRITURE

Création prétorienne (mais la notion provient de l'Ancien droit – il était alors un louage, ce qu'il n'est plus), le bail à nourriture est une modalité très particulière d'un contrat viager. Il connaît un certain regain de faveur car il apporte une solution alternative (tout comme la vente en viager) à la préoccupante question de s'assurer de revenus suffisants après la cessation de l'activité professionnelle.

§ 1 - Notion

Le bail à nourriture est un *contrat par lequel une personne s'engage à assurer à une autre le logement, la nourriture et l'entretien sa vie durant, moyennant soit le versement d'un capital ou le versement périodique de sommes d'argent, soit le transfert de propriété d'un bien*.

Fiscalement, c'est une vente (il ne doit pas y avoir d'intention libérale) soumise aux droits de mutation correspondant.

L'hypothèse où il est constitué moyennant le transfert de propriété d'un bien le rapproche du contrat de rente viagère sauf que la **contrepartie est en nature**, non sous forme de rente. Le bail à nourriture ne se trouve donc pas soumis aux règles concernant la vente en viager. Spécialement, la nullité n'est pas en principe encourue même si le créancier décède dans les vingt jours de la conclusion du contrat (sauf en cas de grand âge ou de très grave état de santé du créancier).

Relevant d'une conception un peu désuète, il reste un contrat usité dans le cadre de certaines relations, souvent familiales ou très affectives (il ne faut pas qu'il ait pour but, dans ce cas de figure, d'éviter des droits de succession qui auraient normalement dû être acquittés, l'administration fiscale étant très vigilante sur ce point). On le trouve aussi stipulé lors de l'entrée dans une communauté religieuse (abandon des biens moyennant prise en charge intégrale la vie durant).

Les caractéristiques de ce contrat sont :

- le **caractère viager** puisque l'obligation du débiteur demeure tant que le créancier est vivant ;

- **aléatoire** car chacune des parties encourt un risque financier, le débiteur d'avoir une charge en nature très lourde par rapport à la contrepartie reçue, si son créancier vit longtemps (encore plus, si son état de santé se dégrade fortement) et, dans le cas contraire, ce dernier (c'est en fait ses héritiers qui vont en subir les effets par la privation du bien sans contrepartie réelle dans le patrimoine du *de cuius*) d'avoir fait profiter son débiteur d'un bien ou d'un capital d'une valeur supérieure à celle des obligations qu'il a assumées ;
- il est surtout **personnel** (on envisage difficilement de telles obligations entre étrangers) : aucune substitution de personnes dans l'obligation d'entretien n'est envisageable (l'exercice d'un droit de préemption est par là même exclu) ;
- enfin, imposant des obligations en nature correspondant aux besoins du créancier d'aliments, il exclut toute difficulté liée à l'évolution du coût de la vie et à la dépréciation monétaire (aucune indexation n'est à prévoir ni aucun mécanisme lié à l'imprévision).

§ 2 - Difficultés d'exécution

- L'aspect *intuitu personae* très prononcé de ce contrat le rend d'un usage délicat. Tout repose sur **l'entente des parties** : si elle disparaît, l'exécution devient une source de conflit permanent.
- L'essence même du contrat portant sur l'exécution en nature des obligations du débiteur interdit au juge de pouvoir le convertir en contrat de rente viagère, ce qu'ils s'autorisent parfois cependant face à des circonstances particulières et spécialement de la vive mésentente des parties (en tenant compte notamment du caractère particulièrement acariâtre de l'une ou l'autre parties rendant impossible l'exécution en nature du contrat).
- Mais comme elle ne s'impose nullement au juge qui jouit sur ce point d'un large pouvoir d'appréciation, les contrats prévoient en général une **clause de conversion en rente viagère**.
- Le contrat n'étant pas soumis à l'article 1978, la **résolution** peut être prononcée à la demande du bailleur **pour défaut d'entretien**.
- Les parties peuvent avoir prévu à cet égard une **clause résolutoire** qui produira son plein effet si elle répond aux exigences vues ci-dessus (v. *supra* p. 106-107).



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- › Le jeu est-il un contrat licite ?
- › L'aléa dans un contrat de constitution de rente viagère
- › Le défaut de paiement des arrérages (constitution de rente viagère)
- › Le bail à nourriture

Dissertation :

- › Le contrat aléatoire : contrat licite ? illicite ?

Quatrième partie

LES CONTRATS SUR LES LITIGES

Hormis le fait que tout conflit entre les parties relève par principe du juge étatique (en droit interne, si les parties sont commerçantes, elles peuvent le choisir territorialement par une clause attributive de juridiction), le règlement d'un litige peut malgré tout provenir d'un accord des parties par une transaction. Celles-ci ont la possibilité, dans certains cas, de convenir de le soumettre à une justice privée, l'arbitrage.

112 Chapitre 1 > La transaction

117 Chapitre 2 > Les conventions d'arbitrage

Chapitre 1 > LA TRANSACTION

> L'essentiel

Mot polysémique, la transaction est envisagée strictement dans le Code civil comme étant le « contrat par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent d'une contestation à naître » (art. 2004).

La jurisprudence y a apporté une précision essentielle : la transaction suppose des concessions réciproques de part et d'autre.

*De cette double définition ressortent ainsi deux aspects essentiels de la transaction : une **situation litigieuse** et des **concessions réciproques** entre les parties.*

- *La transaction au sens juridique du terme se situe dans la perspective, avérée ou en germe, d'un litige. La transaction a pour but d'y mettre fin ou de le prévenir. En son absence, soit le contrat est nul, soit il doit être requalifié.*

- *L'existence de concessions réciproques participe tout autant de l'essence du contrat, comme le rappelle constamment la Cour de cassation. Elles n'ont pas besoin d'être de même valeur mais elles ne doivent pas être dérisoires (elles seraient tenues pour inexistantes, ce qui justifierait la nullité du contrat).*

La transaction se distingue :

- **du compromis** car elle met fin au différend alors que ce dernier désigne l'arbitre qui tranchera le litige ;
- **de l'acquiescement ou du désistement** par lesquels la ou les parties renoncent à une action ou un recours sans nécessairement se faire des concessions réciproques ;
- **du partage amiable** par lequel les coindivisaires mettent fin à l'indivision, quoique parfois le partage puisse mettre fin aussi à un litige entre eux ; il y a alors un seul acte mais un double effet et on parle ici de partage-transaction ;
- **du jugement** lorsque l'intervention du juge se situe bien dans le cadre de son activité juridictionnelle (ce que reste par exemple l'ordonnance rendue au pénal suite à une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité – art. 495-7 et s. C. pr. pén.) ; s'il se borne à constater l'accord des parties (procès-verbal de conciliation ; jugement de donné-acte), l'acte conserve sa nature conventionnelle.

Il convient de voir les conditions portant sur la formation de ce contrat avant d'en préciser les effets.

Section 1 > LA FORMATION DU CONTRAT DE TRANSACTION

En tant que contrat, la transaction doit répondre aux conditions de validité communes à tous les contrats.

Toutefois, quelques particularités sont prévues tenant à l'objet, la capacité et le consentement des parties. Il faut aussi s'arrêter sur la forme qu'elle doit revêtir.

§ 1 - L'objet du contrat de transaction

Critères : la question principale concernant l'objet est la **libre disposition des droits** qui est appréhendée autour de trois critères :

- Les droits doivent être **dans le commerce**. On ne transige pas ainsi sur l'état des personnes (mais on le peut sur les conséquences pécuniaires dès que l'état est établi, telle que la transaction des ex-époux sur la prestation compensatoire après le prononcé de leur divorce).
- Les **droits d'intérêt public** ne sont **pas susceptibles de transaction**. Ainsi, en principe, il n'y a pas de transaction sur les actions publiques sauf dérogations expresses de la loi (admisses en droit fiscal ou douanier, ou encore en droit de la concurrence).
- Les **droits d'ordre public ne peuvent faire l'objet de renonciation tant qu'ils ne sont pas acquis** et en conséquence, aucune transaction ne saurait valablement intervenir à leur sujet. Mais dès qu'ils sont nés, la transaction devient possible : l'exemple le plus courant se trouve en droit du travail où le salarié peut valablement accepter une transaction sur les modalités financières de son licenciement.

§ 2 - La capacité de transiger

La transaction est considérée comme un **acte de disposition**, ce qui conduit à l'application des règles de représentation et de pouvoirs spécifiques.

- La transaction au nom d'un **mineur** ne peut intervenir qu'avec **l'autorisation du juge des tutelles**, qu'il soit représenté par ses deux parents (art. 389-5, al. 3, C. civ.) ou qu'il fasse l'objet d'une administration légale sous contrôle judiciaire (art. 389-6).
- La transaction passée par le tuteur d'un mineur ou d'un majeur en tutelle requiert **l'autorisation du Conseil de famille ou, à défaut celle du juge des tutelles** (art. 506 C. civ.).
- Le majeur en curatelle peut transiger avec **l'assistance du curateur** (art. 467 C. civ.).
- Les **mandataires conventionnels** doivent avoir reçu un **pouvoir exprès** pour transiger, sauf pour ceux titulaires d'un mandat *ad litem* (représentation en justice).
- Les **mandataires légaux** d'une procédure collective (administrateur ou liquidateur judiciaire) doivent être **autorisés** par le juge commissaire.
- Les communes et établissements publics « *ne peuvent transiger qu'avec l'autorisation du Premier ministre* » (art. 1945).

§ 3 - Le consentement des parties

La particularité du régime de la transaction, par rapport aux règles du droit commun concernant la protection du consentement des parties qui s'appliquent dans leur ensemble (en particulier celles relatives au dol et à la violence – art. 2053, al. 2), tient à **l'aménagement qui en est fait s'agissant de l'erreur et qui repose sur deux règles dont l'articulation n'est pas évidente** :

– l'article 2052 précise que les transactions « **ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit, ni pour cause de lésion** »

– tandis que l'article 2053, al. 1^{er}, le nuance en affirmant que « *néanmoins, une transaction peut être rescindée, lorsqu'il y a erreur sur la personne ou sur l'objet de la contestation* » (l'erreur devant alors répondre aux conditions de l'article 1110 C. civ.).

L'impossibilité d'obtenir la nullité pour erreur de droit se comprend car la transaction implique que les concessions réciproques représentent le risque accepté par les parties quant à l'erreur qu'elles peuvent faire sur la valeur juridique de leurs prétentions.

Mais il est tentant pour celle qui réalise qu'elle a commis une erreur importante de transformer son erreur de droit en une erreur sur l'objet de la contestation, c'est-à-dire sur le droit qui est l'objet de la contestation, que ce soit son existence ou sa nature, pour obtenir la nullité. Ce tour de passe-passe est parfois accepté par la Cour de cassation elle-même.

Le Code civil admet pareillement que l'erreur sur le titre, en particulier lorsque la transaction est intervenue en contemplation d'un titre nul (art. 2054), de même celle qui repose sur des pièces fausses ou nulles (art. 2055), sur un procès terminé par un jugement passé en force de chose jugée et ignoré d'elles (art. 2056) justifie la nullité de la transaction, sauf si la transaction portait « *sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble* » (art. 2057).

Par ailleurs, le Code civil prévoit que l'erreur de calcul donne lieu simplement à réparation (art. 2058).

§ 4 - La forme du contrat de transaction

En dépit de la précision faite à l'article 2044, al. 2, selon laquelle, « *ce contrat doit être rédigé par écrit* », le **principe du consensualisme** vaut également pour lui.

Cette disposition est interprétée comme réglant juste la question de la preuve du contrat, avec les exceptions usuelles : dispense d'écrit en présence d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347) ou en cas d'impossibilité morale (art. 1348), liberté de la preuve en matière commerciale.

Toutefois, **pour certaines transactions, l'écrit est exigé *ad validitatem* par disposition expresse de la loi** (art. 265-2 C. civ. pour celle intervenant au cours d'un divorce ; art. L. 211-9, C. assur., pour celles concernant un accident de la circulation).

Section 2 > LES EFFETS DU CONTRAT DE TRANSACTION

Ils sont au nombre de trois.

§ 1 - L'effet déclaratif

Cet effet emporte :

- que la transaction n'emporte **pas création ou transfert de droit** ;
- qu'elle ne constitue **pas une novation** (les formalités de l'article 1690 C. civ.
- signification de la cession de créance – sont donc exclues).

Ceci a pour conséquence qu'une transaction sur un droit de propriété ne vaut pas juste titre, la partie qui se voit le reconnaître est supposée avoir été propriétaire avant elle. Fiscalement, la transaction est considérée néanmoins comme une mutation si elle conduit à mettre le bien entre d'autres mains que celles qui le détenaient auparavant.

§ 2 - L'effet extinctif

C'est le but poursuivi : mettre fin à toute action en justice.

A. Principe

- L'article **2052 assimile la transaction à un jugement** : « *les transactions ont, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort* ».
- Cette autorité permet, à l'instar d'un jugement, de soulever une exception d'irrecevabilité à l'encontre d'une action en justice qui porterait sur le(s) droit(s) transigé(s).
- Intervenant en cours d'instance, elle dessaisit le juge. Il demeure néanmoins compétent pour assurer l'exécution de la transaction en la constatant, voire en lui conférant une force exécutoire.

B. Limites

- L'effet extinctif ne concerne **que les seuls droits** qui ont été l'objet de la transaction comme l'exprime l'article 2048 : « *Les transactions se renferment dans leur objet : la renonciation qui y est faite à tous droits, actions et prétentions, ne s'entend que de ce qui est relatif au différend qui a eu lieu* ».
- L'article 2049 complète ce texte en précisant qu'« *elles ne règlent que les différends qui s'y trouvent compris, soit que les parties aient manifesté leur intention par des expressions spéciales ou générales, soit que l'on reconnaisse cette intention par une suite nécessaire de ce qui est exprimé* ».
- La Cour de cassation considère de ce fait que l'**interprétation** des transactions doit se faire **restrictivement**, ce qui amoindrit la portée de l'effet extinctif affirmé à l'article 2052.
- L'effet extinctif est relatif : il ne se produit qu'à l'égard des parties au contrat, et ne concerne ni les tiers ni les autres parties au litige qui n'auraient pas accepté, ès qualités, ladite transaction (art. 2051). Toutefois, à l'instar de tout jugement, les tiers (garants, coobligés solidaires, fisc, URSSAF) peuvent s'en prévaloir si cela va dans le sens de leurs intérêts.
- La situation de fait qu'elle consacre peut inversement leur être opposée. Cette opposabilité est parfois aménagée et être subordonnée à certaines conditions, telle l'obligation d'inviter le tiers à participer à la transaction (ex. : art. L. 376-3 CSS).

§ 3 - L'effet obligatoire

- Si la transaction contient des obligations accessoires (paiement d'une somme d'argent, livraison d'une chose), les parties doivent les **respecter et les exécuter comme** dans tout contrat synallagmatique.

- L'exécution forcée est possible.
- Le contrat peut prévoir à ce sujet une clause pénale déclarée licite selon l'article 2047 du Code civil.
- Enfin, on admet, du moins en théorie (les cas où elle est effectivement prononcée sont rares), la possibilité d'obtenir la résolution du contrat pour inexécution (à condition que cette dernière soit suffisamment grave pour la justifier) ou le jeu de l'exception d'inexécution.

Chapitre 2 > LES CONVENTIONS D'ARBITRAGE

> L'essentiel

L'arbitrage est un mode juridictionnel de règlement des litiges par une « autorité » qui tient son pouvoir de juger non de la loi (comme c'est le cas pour les juges étatiques) mais de la convention des parties.

Section 1 > PREMIÈRES VUES

Caractéristiques : elles se présentent en quatre points essentiels :

1. L'arbitrage a la réputation d'offrir une **solution rapide** au litige (mais la différence entre la juridiction étatique et celle d'arbitrage est moins patente aujourd'hui), d'assurer une **discretion** et une **souplesse** de la procédure, et de permettre de choisir des juges en raison de leur compétence au vu de l'objet du litige. Il reste, par rapport à une procédure devant un juge étatique en France, d'un coût sensiblement plus élevé. On le trouve donc surtout dans le monde des affaires.

Il est particulièrement prisé dans le **commerce international** où les parties apprécient de pouvoir être jugées selon les seuls principes et usages de leur monde professionnel (*lex mercatoria*), à l'exclusion de tout système juridique étatique (de caractère national ou supranational) – les arbitres, qui se fondent uniquement sur la *lex mercatoria*, statuent malgré tout en droit si les principes sont entérinés par la jurisprudence nationale. Il n'est pas envisageable en revanche de demander au juge étatique, français du moins, de statuer uniquement sur de tels principes. L'engouement pour cette justice privée dans le droit du commerce international se manifeste au regard même du régime français de l'arbitrage international où domine le *favor arbitrandum* (on favorise les solutions qui en assurent l'efficacité).

2. L'arbitrage a un double aspect, juridictionnel et conventionnel, qui en fait toute l'originalité.

- Ce n'est **pas une transaction** qui ne comporte pas cet aspect juridictionnel. De plus, l'arbitrage ne suppose pas l'existence de concessions réciproques.
- Ce n'est **pas davantage une conciliation ou une médiation** qui n'aboutissent qu'à des propositions, non des décisions, soumises à l'acceptation des parties.
- Ce n'est **pas non plus une forme d'expertise** car l'expert ne rend qu'un avis et ne statue pas en droit. Cela vaut pour le « faux » arbitre visé à l'article 1592 du Code civil qui, plus qu'un expert, n'est malgré tout qu'un mandataire des parties.
- Ce n'est **pas un mandat** en dépit de l'accent qui est mis sur la « mission » confiée par les parties à l'arbitre, mission que celui-ci doit accepter : un mandataire n'a pas le pouvoir de juger et l'arbitre ne représente pas les parties.
- L'arbitre tenant son pouvoir de juger de la convention des parties, l'effet relatif qui y est attaché conduit à des difficultés en présence d'un litige mettant en cause plusieurs parties dont certaines d'entre elles ne sont pas parties à la convention d'arbitrage (problème posé par l'arbitrage multipartite).

3. Le recours à l'arbitrage résulte de deux types de conventions :

- soit les parties l'ont prévu dès le départ et la saisine de l'arbitre, si un litige survient, sera fondée sur l'existence d'une **clause compromissoire** ;
- soit, en l'absence d'une telle clause, elles décident, face au litige qui les oppose, de recourir à un arbitrage pour sa solution et elles établiront alors un **compromis**.

S'il y a quelques différences entre les deux modalités, elles sont l'une et l'autre très proches dans leur essence et dans leurs effets.

Et dans l'un et l'autre cas, c'est en fait un **tribunal arbitral** qui est très majoritairement prévu dans les conventions, chacune des parties choisissant son arbitre et les deux arbitres ainsi désignés élisant un troisième qui sera le président du tribunal ainsi constitué.

4. De même, les parties ont-elles le choix entre deux types d'arbitrage :

- l'**arbitrage ad hoc** où les parties nomment elles-mêmes les arbitres qui ne siègent que pour leur litige,
- et l'**arbitrage institutionnel** qui est sous l'égide d'une instance – publique ou privée – d'arbitrage qui a à sa disposition des arbitres qui siègent régulièrement et qui sont répertoriés en fonction de leurs spécialités ; ces instances ont un règlement interne qui facilite la mise en place de l'arbitrage, ce qui explique sans doute pourquoi ce mode est souvent préféré à l'autre par les parties.

5. Enfin, contrairement à une idée reçue, l'**arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit**. Pour qu'il puisse statuer comme amiable compositeur (c'est-à-dire en équité), les parties doivent lui en avoir conféré le pouvoir exprès (art. 1474 C. pr. civ.).

Section 2 › LES CONDITIONS DE VALIDITÉ DE LA SOUMISSION À UN ARBITRAGE

Pour qu'il y ait arbitrage, il faut que le litige soit « arbitrable » : c'est la première question qu'il convient de résoudre avant de voir les conditions classiques de validité.

§ 1 - L'arbitrabilité du litige

Cette question, souvent confondue avec celle de la validité de la convention, se situe en amont car elle touche à l'essence même du pouvoir de *juridictio* du juge étatique qui, s'il présente une particulière impérativité, ne saurait être aménagé par les parties.

Elle est régie par deux textes.

- L'article **2059** du Code civil pose l'arbitrabilité du litige si les droits sont disponibles.
- Selon, l'article **2060**, ne sont toutefois pas arbitrables les litiges sur l'état et capacité des personnes, divorce et séparation de corps compris, ceux intéressant les collectivités publiques et les établissements publics, et, de façon générale, toutes les matières intéressant l'ordre public.

La combinaison de ces deux articles fait ressortir trois orientations : les droits, les matières et les personnes, étant précisé qu'elles sont en réalité en étroite imbrication et qu'il est parfois difficile d'identifier ce qui relève de chacun des critères posés par le Code civil.

A. Les droits

L'exigence de la **libre disposition des droits** (ceux auxquels on peut renoncer ou qu'on peut céder) exclut :

- les droits extra-patrimoniaux, ce que dit expressément l'article 2060,
- ou ceux, patrimoniaux, qui ont une indisponibilité « temporaire » en ce qu'ils le sont tant qu'ils ne sont pas acquis, tels les droits du locataire, du salarié, du créancier d'aliments ; cette précision explique que le compromis (qui intervient une fois le différend né et, donc, en général, lorsque le droit, originairement indisponible, le devient) est envisageable pour certains litiges alors que la clause compromissoire ne le serait pas.

Pour ces derniers donc, qui ne sont acquis qu'au moment de la rupture du lien (contrat ou mariage), l'arbitrage prendra nécessairement la voie du compromis.

B. Les matières

Elles ne sont pas arbitrables si elles touchent à des **questions d'ordre public d'une certaine intensité**.

La question est évolutive en droit interne.

- Il est des matières qui le sont indiscutablement : le droit fiscal, le droit pénal, le droit de la sécurité sociale.
- S'agissant de celles, moins empreintes de droit public, qui, traditionnellement, étaient tenues pour telles (droit des procédures collectives, droit de la concurrence et droit de la propriété industrielle), elles le demeurent si le litige met en cause l'intervention d'une autorité administrative ou la protection de tiers. Sinon, elles sont traitées plutôt désormais à l'aulne du critère tenant aux droits en cause car même si une matière peut apparaître fondamentalement d'ordre public, si les droits en cause sont disponibles, ce caractère ne fait pas obstacle aujourd'hui *per se* à l'arbitrage.

C. Les personnes

Les solutions ne sont pas les mêmes suivant qu'elles sont de droit public ou de droit privé.

- Sur cet aspect, l'arbitrage interne se démarque notablement de l'arbitrage international où la capacité de **l'État et de ses démembrements** à compromettre est reconnue si sont en jeu les intérêts du commerce international. En droit interne, l'article 2060, qui pose le principe inverse de l'impossibilité de compromettre pour eux comme pour les **collectivités et entreprises publiques**, admet une dérogation pour les entreprises à caractère industriel et commercial à la condition d'une autorisation par décret.
- Les personnes de droit privé ne sont pas soumises aux mêmes restrictions. Aucune catégorie n'est par principe exclue de l'arbitrage si le droit est disponible, ce qui ne signifie pas qu'aucune condition n'est posée pour la validité de la clause.

§ 2 - Les conditions de validité de la convention d'arbitrage

Il faut distinguer les conditions de fond et les conditions de forme.

A. Conditions de fond

- En premier lieu, l'article **2061**, tout en réservant les dispositions législatives particulières, pose le principe de la validité de la clause compromissoire si le contrat est conclu « *à raison d'une activité professionnelle* », ce qui est large (profession commerciale ou artisanale, libérale, agricole).
- Par ailleurs, de l'article R. 132-2 du Code de la consommation (issu du Décr. n° 2009-302 du 18 mars 2009) qui présume abusive une clause compromissoire imposée par un professionnel à un consommateur ou un non professionnel (qualification qui exclut l'hypothèse d'un contrat conclu pour une activité professionnelle), il résulte qu'une telle clause peut être valable si le professionnel démontre qu'elle ne crée pas un déséquilibre significatif, à moins que ce soit le consommateur lui-même qui revendique le bénéfice de la clause pour faire arbitrer sur le litige l'opposant au professionnel.
- Parmi les dispositions législatives particulières, on retrouve ainsi la prohibition de la clause compromissoire en droit du travail (art. L. 511-1 C. trav.).

B. Conditions de forme

Elles diffèrent selon qu'il s'agit de la clause compromissoire ou du compromis.

1. La clause compromissoire

- Un **écrit** est nécessaire pour la validité de la convention (art. 1443 C. pr. civ.).
- La clause compromissoire doit en outre **désigner les arbitres** ou prévoir les modalités de leur désignation (*ibidem*), ce qui n'est pas toujours aisé (il faut pouvoir se projeter dans une situation future de type conflictuel) ; le choix d'un arbitrage institutionnel facilite grandement la rédaction car la seule désignation de l'institution d'arbitrage suffit dans cette hypothèse (le surplus étant réglé par le règlement interne).
- Il est admis que la clause puisse figurer **dans un document annexe** dès lors que le contrat s'y réfère expressément.
- Il ne faut pas oublier aussi les **usages professionnels** qui, lorsqu'ils sont applicables à la relation, peuvent assouplir les exigences légales.
- Elle suppose, lors de sa mise en œuvre (au moment de la survenance du litige), l'établissement, entre les arbitres et les parties, d'un « **acte de mission** » matérialisant (si ce n'est fait avant) l'acceptation de leur mission par les arbitres et définissant, entre autres choses, l'objet du litige.

2. Le compromis

Mentions : établi en présence d'un litige et pour le résoudre, il doit :

- bien sûr, préciser le nom des arbitres ou l'institution d'arbitrage choisie,
- préciser également l'objet du litige.

L'article 1449 du Code de procédure civile, qui prévoit un écrit (ou un procès-verbal signé par les parties et l'arbitre), ne l'exige pas à peine de nullité. Toutefois, se posera un problème de preuve si un écrit n'est pas dressé, notamment quant à un éventuel contrôle *a posteriori* (en cas de recours) d'un éventuel excès de pouvoir de l'arbitre qui aura statué au-delà des pouvoirs conférés par la convention.

Section 2 > LES EFFETS DE LA CONVENTION D'ARBITRAGE

On en dégagera trois principaux.

§ 1 - L'incompétence du juge étatique

A. Le principe

- Le choix de l'arbitrage s'impose **aux parties et au juge** qui doit se déclarer incompétent dès lors que l'une des parties soulève l'exception (art. 1458 C. pr. civ.).
- Cette **incompétence est de rigueur** et la seule constatation de l'existence d'une convention d'arbitrage suffit à fonder la compétence de l'arbitre.
- Le juge n'a pas le pouvoir de se prononcer sur la validité de la convention d'arbitrage (sauf en cas de nullité manifeste).
- L'arbitre est seul compétent pour apprécier sa compétence (**principe de compétence-compétence**).
- Pour renforcer ces principes, la jurisprudence a consacré l'idée de l'**autonomie de la clause compromissoire**, même lorsqu'elle n'est qu'une des clauses du contrat principal, pour la faire échapper à la nullité éventuelle de celui-ci et maintenir la compétence des arbitres pour décider des conséquences de celle-ci.

B. Les aménagements

- Le juge étatique peut conserver un **rôle d'assistance**. Il peut intervenir pour aider à mettre en place l'arbitrage lorsque les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord : désignation des arbitres (art. 1444 et 1454 C. pr. civ.), prorogation du délai d'arbitrage (art. 1456 C. pr. civ.), récusation d'un arbitre (art. 1463 C. pr. civ.).
- On reconnaît aussi au juge étatique le pouvoir de **statuer en référé en cas d'urgence** et si le tribunal arbitral n'est pas encore constitué (mais c'est faculté peut être écartée dans la convention des parties qui peut prévoir un référé arbitral).

§ 2 - Les effets vis-à-vis des tiers

L'hypothèse de raisonnement ne concerne que la clause compromissoire.

- Le principe de l'effet relatif des contrats s'applique aussi à la clause compromissoire.
- Mais il connaît des nuances au regard de certains tiers :
 - ceux qui succèdent dans les droits et actions de l'une des parties peuvent se voir opposer la convention, que ce soit le cessionnaire, le subrogé ou encore le sous-acquéreur,
 - mais le bénéficiaire d'une stipulation pour autrui, qui ne se trouve pas dans cette hypothèse de raisonnement, ne peut, lui, se la voir opposer.

§ 3 - Le sort de la sentence

Deux questions seront évoquées.

A. La force obligatoire de la sentence

- La sentence a l'**autorité de la chose jugée** entre les parties dès son prononcé (art. 1476 C. pr. civ.), ce qui interdit toute nouvelle action sur la question tranchée.
- Mais rendue par un juge qui n'est pas titulaire de l'autorité publique, elle n'est pas revêtue de la force exécutoire qui ne lui sera conférée qu'après **exequatur** de la sentence (art. 1477 C. pr. civ.).

B. Les recours

- La **voie de l'appel** est possible si les parties ne l'ont pas exclue (art. 1482 C. pr. civ.), cette exclusion pouvant résulter aussi du règlement interne adopté par l'institution d'arbitrage que les parties auront pu choisir (arbitrage institutionnel).
- Le **recours en annulation** est toujours possible. Il aura pour objet de vérifier que l'arbitre a bien statué en vertu d'une convention d'arbitrage valable et non expirée, que l'arbitre a été régulièrement désigné, qu'il n'a pas statué *ultra* ou *infra petita*, et qu'il n'a pas enfreint une règle d'ordre public (art. 1484 C. pr. civ.).



POUR ALLER PLUS LOIN

EXEMPLES DE SUJETS D'EXAMEN DONNÉS :

Sujets d'oraux :

- › La capacité de transiger
- › Les causes de nullité de la transaction
- › La clause compromissoire : conditions et effets

Dissertations :

- › La disponibilité des droits litigieux
- › Arbitrage et juge étatique